GERALDES DE CARVALHO

INTRODUÇÃO AO MÉTODO DA APLICAÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO

CENTELHA

1983

ÍNDICE

Sobre o Autor

Prefácio de intenção epistemológica

1.º — A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS — DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Justificação da terminologia-lei; Ainda a terminologia, preceito legal; Usos preferenciais; Dois momentos significativos; A atuação que deseja ser licita; Porém, como as normas são de fonte-lei; Atos com intervenção de agentes públicos.

2.º — A APLICAÇÃO VISTA NO MOMENTO DA APRECIAÇÃO

A questão de facto + a questão de direito; Juízo sobre factos passados; Investigação histórica; As provas são vestígios de factos; Juízos de probabilidade; Investigação histórica, porém..., Ónus = encargo; As presunções.

3.º — AINDA A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS — A SUBSUNÇÃO

O que é; É possível comparar um facto com um conceito? A regra; Os peritos.

4.º- AINDA A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS — A INTERPRETAÇÃO.

Conteúdo e alcance; A estatuição é identicamente interpretada; Para que a interpretação seja normativa tem de ser unívoca; Uma interpretação unívoca exige um critério; Um critério próprio para o direito; A resposta subjetivista. — Uma exigência lógica? Uma exigência constitucional? A correção teleológica; Duas conceções; Teoria objetivista; A validade é referência; A parte participa no sentido global; Interpretação histórica e interpretação atualista; Em geral: Subjetivismo histórico; Objetivismo atualista; Interpretação histórico-evolutiva em vez de atualista; aproximações possíveis; A caminho do objetivismo; Uma solução insinuada; Uma solução apresentada; O poder legislativo — também se exerce mantendo em vigor as leis; Uma solução dualista; Impossível entender o direito separado da restante realidade social; Uma teoria degenerada; Não é direito; Método de solução de conflitos; Mas, porém e todavia.

5.º — AINDA A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS — OS ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO

O elemento gramatical — Necessário; Mas insuficiente — A ambiguidade; O sentido técnico (estrito) — O sentido vulgar; A anfibologia — Outra causa de ambiguidade; O elemento lógico sistemático; Relações especiais entre normas; Processos lógicos de usar o elemento sistemático; A analogia na interpretação da hipótese; A posição sistemática; Valor deste elemento; Os elementos históricos — A data; A regulamentação anterior — A Mudança; Também a permanência pode ser significativa; A origem ou fonte do preceito; Os trabalhos preparatórios; O elemento teleológico — Natureza — Valor; Dos fins e dos Meios; Nem sempre os mesmos meios conduzem aos mesmos fins; Uma falsa dicotomia (ou talvez não); Nem sempre é necessário ir ao fim; A receita...

6.º — AINDA A INTERPRETAÇÃO — RESULTADOS DA INTERPRETAÇÃO

A interpretação pode ser declarativa ou não; Das confusões das subdivisões.

7.º — DA ORIGEM OU FONTE DA INTERPRETAÇÃO

8.º — DO VALOR

9.º — A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO POSITIVO

A constituição consagra a interpretação objetiva? Normas interpretativas no Código Civil; Porém não; categóricas — Hipotéticas; Nem coercíveis; Enfim, não jurídicas; O valor das normas interpretativas depende do seu acento; A técnica jurídica pressupõe escolhas...; Que dependem da extensão e significado do poder legislativo; Uma regulamentação propositadamente equivoca; O n.º dois do art.º nono rende-se à natureza formal da fonte-lei; Os elementos da interpretação na lei; Injusta irrelevância dada ao critério elemento teleológico; Um preceito deslocado e exagerado; Com boas intenções.

10.º — A INTEGRAÇÃO

Um comando para entender em termos hábeis; Este...; Mas será possível? Sim, é necessário; Uma imagem expressiva; Plenitude lógica; Delimitando o conceito e o problema — A autonomia privada; Normas abertas, a receção material; Lacunas planeadas; A proibição de integrar equipara lacunas planeadas a lacunas verdadeiras; Normas preenchidas com conceitos indeterminados e poder discricionário; Finalmente as lacunas verdadeiras; A analogia — Esquema lógico-formal; O vício lógico; A adequação através das qualidades ou modos de ser- A doutrina (ou jurisprudência) dos conceitos; O processo analógico é uma comparação; o conhecimento do caso e da norma; Aqui mais do que nunca a interpretação axio-teleológica; Frouxo apoio na lei civil; A analogia *júris*; Analogia do Direito e interpretação sistemática; As vezes mais, outras vezes menos rigoroso; A analogia *júris* no Código civil; Analogia e normas excecionais; O art.º 11.º do Código Civil não resolve todo o problema; Um exemplo; A integração não analógica — Os casos rebeldes; Integração normativa? Parece que não; Como interpretar a referência ao ato de legislar; E quanto ao conteúdo do comando?

11.º — VIGÊNCIA E APLICACÃO DAS LEIS NO TEMPO

A norma não se toma obrigatória antes de vigorar: Porque a publicação e o prazo que precede a vigência; Cessação automática da vigência — A revogação; A que casos se aplica a lei? Como surge o problema; Vejamos melhor as conexões: Olhando para as situações; Olhando para os factos; Olhando para normas; Resumindo e advertindo; A lei rege para o futuro; A lei nova não se aplica a factos, passados; Que interesses justificam a solução legal; A certeza, mas também o aperfeiçoamento; Retroatividade (da lei nova) = exclusão (da lei antiga); A retroatividade — regra é a retroatividade mínima; A retroatividade média atinge as causas pendentes; A retroatividade máxima atinge as causas decididas.

GERALDES DE CARVALHO

Juiz de Direito

INTRODUÇÃO
AO
MÉTODO DA APLICAÇÃO
CIENTÍFICA DO DIREITO

A aplicação das normas jurídicas - delimitação do objeto; a aplicação vista no momento da apreciação; ainda a aplicação das normas jurídicas - a subsunção; a interpretação; os elementos da interpretação; resultados da interpretação; da origem ou fonte da interpretação; do valor; a interpretação do direito positivo; a integração; vigência e aplicação das leis no tempo.

SOBRE O AUTOR

O autor, José Geraldes Pereira de Carvalho, licenciado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra em 1958.

Exerceu a Profissão de advogado de 1959 a 1966 ano em que ingressou no Ministério Público.

Em 1974 foi membro da Comissão Instaladora da Faculdade de Direito da Universidade E. Mondlane de Maputo.

De 1975 a Fevereiro de 1981 foi professor da Faculdade de Direito da Universidade E. Mondlane, primeiro com a categoria de professor auxiliar e depois com a categoria de professor extraordinário.

Lecionou principalmente Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado.

Elaborou textos de estudo para todas estas cadeiras tendo em preparação «Subsídios para uma teoria de responsabilidade jurídica em geral».

Atualmente é juiz de Direito.

PREFÁCIO DE INTENÇÃO EPISTEMOLÓGICA

1 — A Ciência Jurídica: Proposta de noção. Seu objeto: O direito.

A Ciência Jurídica e o conjunto sistematizado de estudos e conhecimentos acerca da especifica estrutura social (1) cuja função e a tutela de determinados tipos de interesses humanos através da coerção organizada e exercida por um poder de classe que, nos limites em que se acha constituído, age como soberano (2). Na base da estrutura jurídica situam-se as relações económicas-sociais. No topo, um sistema de conceções — a superestrutura ideológica — que são a transposição da matéria social para o nível da consciência social. Esta ideologia, como qualquer outra, tende a devolver-se a sociedade material realizando, na história, a sua conceção da realidade. Os interesses humanos — objetos da tutela – estão presentes no todo da estrutura jurídica; na base, como matéria das relações sociais e na superestrutura, como ideia, sob a forma de juízos de valor.

(1) A estrutura social em causa é o Direito.

(2) O poder de classe de que falo é o Estado.

O juízo de valor, enquanto componente de uma ideologia, não é, cabe adverti-lo, o simples conhecimento do interesse na sua existência objetiva, mas a assunção do interesse, a sua subjetivação. Daí que só os interesses assumidos pela entidade tuteladora — a classe reinante — possam ser objeto da tutela. Ideologia é pois igual a consciência de classe.

A objetivação da ideologia — a sua devolução a realidade material – porque a realização de juízos de valor, é, necessariamente, normativa (3). A norma, nexo entre a ideologia jurídica e a sua base material, mediadora da ação que a superestrutura exerce na realidade empírica, compartilha assim o seu modo de ser ideológico com o da matéria social a que se refere: é um ser cultural. Toma-se por isso objeto privilegiado da ciência jurídica.

Na verdade a norma, sendo, por um lado, valor mas objetivado — comando — permite tomá-lo — ao valor — como objeto de conhecimento e, sendo, por outro lado, matéria mas referida, nominada, ou seja num primeiro grau de conhecimento, permite um conhecimento teorético ou de segunda — ou ulterior — intenção.

(3) A realização de um juízo de ser é, em contrapartida, mediada não por uma norma mas sim por uma regra, um comando hipotético ou seja um preceito de arte.

10

2. — A Ciência Jurídica é possível em diversos planos de intenção e níveis de abstração.

No plano da intenção devemos distinguir:

2.1. — Os estudos e conhecimentos que se ocupam de Dire1to como sendo um objeto especifico que e necessário classificar dentro da ordem geral das realidades afins e em relação ao qual importa de terminar a função que cumpre nos diversos contextos a que pode ser referido. Teremos assim, por exemplo: uma antropologia do Direito, uma história, ou uma sociologia do Direito, etc.

2.2. — Os estudos que se propõem o Direito, enquanto problema prático a resolver, ou seja, que se ocupam dos problemas suscitados pela «vida jurídica», pelo Direito, no ato de se realizar. Neste plano de intenção, o Direito não é propriamente o objeto do estudo mas um dado. O objeto será o caso — problema — jurídico, real ou hipotético, a resolver. Este é o plano dos juristas, o pensamento jurídico, um pensamento de Direito e não sobre o Direito. Resta saber se tal, pensamento, pode ser considerado uma ciência (da prática jurídica) ou se não é apenas um pensamento de intenção (método?) científica.

3. — No que respeita ao nível de abstração que se propõe alcançar poderemos, talvez, considerar na ciência jurídica três planos fundamentais:

3.1. — O da antítese exegética, lógico-dedutiva, através da qual apreendemos o que já é conhecimento, realidade mentada ou cultural; por ex.: o que comandam as normas ou qual o modelo formal de uma relação jurídica abstratamente nelas regulamentada.

3.2. — O da formulação dos conceitos através dos quais ordenamos um conjunto de fenómenos significantes, já nomeados, num Sistema unitário de significações, sistema cuja coerência interna assim nos é dado compreender — e o nível das teorias.

3.3. — Finalmente poderemos considerar a formulação dos juízos — ou hipóteses — mais gerais e englobantes sobre o Direito, na base dos conhecimentos obtidos nos estudos jurídicos e sobre o jurídico nos seus diversos pianos de intenção e níveis de abstração e também a partir de uma posição sobre o sentido geral da vida e das sociedades humanas. E o nível filosófico.

4. — Do método em Geral.

A Ciência Jurídica e, na atualidade, um empreendimento coletivo. Os estúdios aos diferentes níveis de intenção e abstração só podem ser considerados como tarefas parcelares daquele mesmo empreendimento. Os resultados obtidos dependem da interação dialética que entre tais estudos se estabelece. Assim por ex.: a conceitualização sistematizada a partir das normas, e mesmo a validade de tal forma de conhecer o Direito, e, desde o início, determinada pelo estatuto ontológico que o estudioso fixa ao direito — ideia objetivada (?) simples fenómeno empírico no ato de acontecer (?) realidade histórica plasmada em juízos de valor (?). Por outro lado a validade dos conceitos obtidos depende de

se ter tomado em conta e se ter operado conjuntamente com os elementos funcionais que só a história e a sociologia podem fornecer. O pressupor da função e condição indispensável do conhecimento de uma estrutura a realizar-se, do movimento que e o modo de ser da sua existência real.

A interação dialética de todas as formas e níveis de conhecimento de Direito e sobre o Direito, multiplica-se infinitamente pois e necessário não — considerar a ciência jurídica isolada de todas as outras formas de — conhecimento. Da mesma maneira se deve ver a relação entre a ciência jurídica com a prática que ela vai, por sua vez, modificar. E isto, quer essa prática seja a realização da ciência do Direito quer seja a realização do Direito ele mesmo.

5. — O objeto deste trabalho: Ciência prática e método.

O pensamento jurídico, coano ciência pratica, segue metodologicamente o movimento da própria formação e realização do Direito.

O juízo de valor jurídico, construído sobre a matéria dos interesses humanos concretos que se digladiam na sociedade real, nega esses interesses transmutando-os em ideia social, abstratizando-os e generalizando-os. A norma, por sua vez, nega o juízo realizando-o na vida material. Esta negação da negação é um regresso-progresso dialético pois a realização do Direito e uma tutela de interesses concretos mas no piano mais elevado da assimilação pela via genérica.

Como, porém, o juízo de valor não é pura ideia mas ideologia — existente na contingência da realidade histórica — a sua realização não pode impor-se com a força da necessidade, antes tem necessidade da força para se impor. Força que para a classe que a atua é uma exigência da própria existência — a classe existe quando objetiva a sua consciência de classe — e para a classe que a sofre é uma negação que exige ser superada — e é — por uma nova ideologia, a qual, no esforço de realizar-se, faz o movimento da história.

O jurista puro seria um instrumento da classe titular do Direito para a tarefa da sua realização formal (1) e também da sua realização material objetiva (2) — a realização subjetiva dos valores e moral —. No processo da formação do direito, ou seja da sua realização formal, caber-lhe-ia organizar os materiais: objetivar os juízos de valor sob a forma de proposições normativas, deduzindo; referi-los à matéria dos interesses que tipifica, induzindo.

(1) É o papel do jurista legislador.

(2) É o papel do jurista juiz, do jurista advogado, etc.

No processo da realização material executaria operações análogas: «subir» do caso para a norma — subsumir — e «descer» da norma para o caso — interpretar; subida e descida que um mesmo processo comporta muitas vezes e que é, por isso, mais propriamente, um movimento de vaivém. Porém nenhum destes processos lógicos permite, por si só, realizar o que quer que seja — são processos de

conhecer e não de realizar.

Na verdade a ideia, sendo formada a partir da matéria em perpétuo movimento — e o devir da matéria social e particularmente fluido — não pode refletir um ser que já não é no momento em que é pensado; reflete antes um vir a ser, um tomar-se. Ora, se é certo que todo o tomar-se se nos apresenta, *à posteriori*, como determinado, *à priori* — e portanto na ideia — já assim não é, antes de mais porque toda a ideia e abstração, mutilação da realidade material. Esta apresenta-se-nos pois como um vir a ser indeterminado, um feixe de probabilidades. Atuar é intervir para realizar uma das possibilidades de ser — é assim verdadeiro que todo o real e racional mas não é verdade que todo o racional seja real; venha a ser realizado. Desta maneira uma atividade, como é a prática jurídica, jamais se pode reduzir a qualquer forma de processo cognitivo dada a relativa indeterminação de todos os conceitos.

Assim o jurista puro é uma pura abstração. O jurista real é ele mesmo homem, membro de uma sociedade e de uma classe e por isso chamado a constituir ele próprio o Direito nos limites da indeterminação dos conceitos com que trabalha. Dai a sua responsabilidade.

NOTA: Este livro é uma reedição corrigida de apenas uma parte das nossas lições de «Introdução ao Estudo do Direito» na Universidade E. Mondlane. Por isso os leitores encontrarão remissões para afirmações feitas anteriormente, as quais, por vezes, não se encontram nas páginas deste livro. Fizemos no entanto, os acertos necessários para que este facto não prejudique o entendimento do texto.

Geraldes de Carvalho

Agosto de 1982

1.º

A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

— DELIMITAÇÃO DO OBJETO

JUSTIFICAÇÃO DA TERMINOLOGIA — LEI

1. — A aplicação das normas jurídicas suscita graves e muito discutidos problemas que haveriam de pôr-se em termos bastante diferentes conforme a fonte de onde provém as normas (1). Porém só nos debruçaremos sobre a aplicação das normas de fonte-lei porque são as que vigoram entre nós e na maior parte dos países atuais existindo mesmo a tendência para não admitir outra fonte normativa. Assim empregaremos por vezes em lugar de normas «jurídicas» a palavra «lei», que, como já sabemos, designa também as normas desta fonte.

(1) A fonte das normas tem, como veremos, a maior influência sobre os critérios e métodos interpretativos, atividade esta que é um dos mais importantes momentos no processo de aplicação.

AINDA A TERMINOLOGIA PRECEITO LEGAL

2. — Lembremos que a lei é uma fonte escrita. Que as normas se encontram na lei-documento e suas reproduções sob a aparência formal de unidades de sentido a que chamámos «preceitos legais». No discurso legal os preceitos correspondem normalmente a Artigos — individualizados por um ordinal — ou a Bases — numeradas à romana. Sabemos que, no entanto, não há correspondência material entre as normas e os preceitos legais e que a maior parte das normas só podem obter-se pela conjugação de vários preceitos legais assim como é possível que um preceito contenha várias normas — caso este em que também — e poderá chamar preceito legal à parte (parágrafo, número ou alínea) que corresponda a uma norma ou que se deva destacar do resto do Artigo para, com outros preceitos, reconstituir uma norma. Apesar destas diferenças de sentido, aplicar uma norma de fonte-lei é sempre aplicar um ou mais preceitos legais e por isso falando da aplicação destas normas poderemos usar o termo «preceito legal».

USOS PREFERENCIAIS

3. — Norma jurídica, lei ou preceito legal são, pois, conceitos que podemos intermutar quando falamos da sua aplicação. Deve no entretanto referir-se que se verifica um uso preferencial deste ou daquele conceito conforme o contexto que é empregado, uso que geralmente se apanha apenas com a prática de que resulta uma espécie de instinto ou sentimento para o termo mais correto e para perceber a conotação do conceito que se quer acentuar quando se usa um e não outro. Para efeitos práticos pode indicar-se que o termo «preceito legal» é mais empregado quando se quer chamar a atenção para o texto, para as palavras ou para o significado literal; que o conceito de «norma jurídica», sendo o mais rigoroso, conota a ideia de «comportamento devido», a «regulamentação prevista», enfim a ideia correspondente à definição de direito objetivo; quanto ao conceito de «lei» (lei-norma, que é o que estamos a considerar)

costuma empregar-se quando se quer fazer ressaltar a fonte ou o facto de a norma se situar num determinado -contexto normativo mais alargado ou designa mesmo um conjunto de normas que regulam relações afins ou seja, um Instituto Jurídico (diz-se assim por ex.: a Lei do Inquilinato e falar-se-á no preceito ou preceitos — norma ou normas — que regulam o Despejo).

DOIS MOMENTOS SIGNIFICATIVOS

4. — O problema da aplicação das normas jurídicas ou seja, da transformação dos comandos abstratos e hipotéticos em comandos concretos e atuais, pode pôr-se em dois momentos lógicos distintos: No momento da atuação que se deseje situar dentro do direito, quer essa atuação seja dos particulares quer ela seja do poder público, e no momento da apreciação de atuações já realizadas (1)

(1) É claro que de tal apreciação virá a resultar um comando que por sua vez dará origem a novas atuações que poderão vir a ser posteriormente apreciadas e assim sucessivamente.

A ATUAÇÃO QUE DESEJA SER LICITA

5. — É evidente que a maior parte do comportamento humano que pode ser apreciado em termos de direito, não foi assim considerado pelos respetivos agentes da ação no momento da atuação, os quais as mais das vezes, nem sequer tiveram consciência de que os seus atos caíam sob a alçada do ordenamento jurídico. Se, apesar disso, o comportamento do cidadão vulgar se apresenta, na generalidade, em conformidade com o direito, é somente porque o ordenamento jurídico tem em consideração um padrão de comportamento normal, ou seja: Na generalidade pode dizer-se que se toma conforme ao direito, numa determinada sociedade, o comportamento que é normal esperar que as pessoas tomem em face de uma situação concreta. E não admira que assim seja sabendo que o direito não é mais do que um dos sistemas de normas sociais o qual, como os outros, refletem as ideias, as crenças e as ideologias dominantes.

PORÉM, COMO AS NORMAS SÃO DE FONTE-LEI

6. — Certo é porém que dominando largamente, na atualidade, os sistemas jurídicos de fonte-lei ou seja, de proveniência estadual, pode acontecer, e acontece realmente, que haja em determinados campos uma profunda desconformidade entre o ordenamento jurídico por um lado e as ideias e as crenças dominantes pelo outro; nestes casos tenderá o comportamento a processar-se em desconformidade com as normas. Se o Estado desejar pois vê-las cumpridas, terá de providenciar no sentido de consciencializar os cidadãos para a sua existência, o que se faz pelo duplo método da repressão-educação. Usar um ou outro ou predominantemente um ou outro, depende em última análise da situação do Estado perante a sociedade no que diz respeito à representatividade; se a não representa não lhe restarão outros métodos, senão os repressivos, para fazer, cumprir o seu ordenamento jurídico.

ATOS COM INTERVENÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

7. — É necessário aludir ainda a que, numa sociedade bem organizada, os atos que, fazendo parte da vida normal, assumem maior significado jurídico, estão socialmente organizados de forma que neles intervêm os agentes do poder público assegurando-se assim a sua conformidade com as normas. Aponte-se como exemplo: a organização do registo de nascimento logo a partir de uma comunicação obrigatória dos hospitais às repartições competentes; o casamento; a venda de imobiliários (necessariamente por escritura pública), etc.

2.º

A APLICAÇÃO VISTA NO MOMENTO DA APRECIAÇÃO

1. — Mais importante para nós, técnicos do direito, é estudar porém o problema da aplicação das normas visto no momento da apreciação. E desta tomaremos como paradigma a dos órgãos mais especializados que são os tribunais.

A QUESTÃO DE FACTO + A QUESTÃO DE DIREITO

Do complexo processo de apreciação de comportamentos humanos sobre o ponto de vista jurídico, em ordem a extrair do respetivo ordenamento os comandos concretos, nós podemos distinguir duas atividades distintas principais: uma que consiste em precisar qua1l a situação real que precisa de ser juridicamente comandada e a outra que consiste em apurar o comando jurídico adequado (conforme as normas aplicáveis) à situação que foi apurada. À primeira atividade poderemos chamar a «questão de facto», à segunda a «questão de direito».

JUÍZO SOBRE FACTOS PASSADOS

2. — A questão de facto vem a resolver-se sempre por um juízo de existência de factos passados (1) já que estamos a considerar o momento de apreciação de comportamentos já atuados, ainda que — no caso dos tribunais com vista à formulação de comandos de que resultarão novos comportamentos.

(1) É evidente que a atividade conducente à formulação de tal juízo nunca é uma atividade puramente de facto. Na verdade ela exige uma prefiguração dos efeitos jurídicos que se julgam aplicáveis, a fim de que, do complexo informe dos factos passados, se possam extrair apenas alguns — aqueles que se julgam significativos.

INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA

3. — Como juízo sobre a existência dos factos passados esta atividade é fundamentalmente equiparada à que se usa na investigação histórica podendo acrescentar-se que essa tal investigação consiste de uma maneira geral numa «interrogação» (1) às provas.

(1) Queremos aqui com o termo «interrogação» significar que a recolha das provas não é qualquer coisa de passivo. Que não se espera que elas falem. Que é necessário «interrogá-las»; neste sentido interroga-se também um documento; ver a ideia, melhor expressa, em «A Ideia da História» de Collingwood, pág. 402.

AS PROVAS SÃO VESTÍGIOS DE FACTOS

4. — As provas, ainda quando consistam em afirmações acerca de um facto passado, jamais poderão ser encaradas como uma imagem do mesmo facto — qualquer coisa que possa ser colocada em vez dele — senão apenas como um indício dele. Quero dizer que ao procurarmos um facto do passado jamais o

podemos de facto encontrar, o que encontramos são os vestígios que ele deixou no presente e é através desses vestígios que nós iremos tentar reconstituí-lo.

JUÍZOS DE PROBABILIDADE

5. — Sendo assim, e como é evidente, jamais podemos esperar que se chegue a formular um juízo de certeza no sentido de uma adequação perfeita — do género o que é, é — entre o juízo formulado e o facto passado. Tudo quanto se pode conseguir é um juízo de probabilidade maior ou menor e assim diremos que consideramos provado um facto quando, da sua existência, podemos formular um juízo de probabilidade suficientemente elevada. A probabilidade vem a basear-se nas chamadas «regras da experiência» no sentido de que são estas regras que nos permitem relacionar os indícios encontrados com os factos que através deles concluímos terem-se passado, segundo o princípio de que a indícios semelhantes devem corresponder factos semelhantes, pela mesma inferência ou indução que nos permite afirmar que iguais causas geram iguais efeitos. Por exemplo, as regras da experiência dizem-nos que se um indivíduo foi encontrado cadáver com uma faca profundamente cravada nas costas, foi assassinado (com elevada probabilidade). Acrescenta-se aqui que, quanto ao critério do grau de probabilidade exigida, alguns autores (Cfr. por exemplo Engisch «Introdução ao Pensamento Jurídico» — Fundação Gulbenkian pág. 74) sugerem que um indício fosse considerado prova de um facto quando este seja praticamente a única explicação possível para a existência do indício (1). Assim, no exemplo dado, o homicídio deixaria de considerar-se indiciado se fosse possível encontrar um vestígio que tomasse possível explicar a faca espetada nas costas pelo suicídio (por exemplo um encaixe para o cabo da faca na parede, à altura do lugar de penetração da faca no corpo do cadáver).

(l) Trata-se de um critério demasiado exigente ou insuficientemente explícito. Uma sugestão possível para o aperfeiçoar é: ainda que haja outras explicações possíveis, elas não devem ser tomadas em conta se, no caso concreto, se apresentarem como inverosímeis.

INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA; PORÉM...

6. — A analogia entre o processo de investigação fatual para a formulação do comando jurídico e o processo de investigação histórica sofre porém uma importante exceção se considerarmos, como estávamos a considerar, a aplicação das normas jurídicas pelos tribunais. É que enquanto o historiador não se encontra obrigatoriamente vinculado a formular um juízo acerca da existência de um facto passado — podendo protelá-lo indefinidamente — o juiz está sujeito a tal vinculação (artigo 8.º do Código Civil) que não poderá protelar indefinidamente pois faz parte da própria exigência da aplicação das normas que ela se faça em tempo eficaz (é evidente que condenar A a pagar a B a importância que lhe deve numa altura em que B já morreu de fome por causa da falta de pagamento não é aplicar a norma). Daqui resulta não só como nota Collingwood (ob. citada pág. 402) que o juiz tem de seguir «estreitamente as regras das provas» (que para tal também são transformadas em jurídicas fazendo parte do direito processual) como também, e mais importante, houve necessidade de providenciar para

quando o juiz chegasse, acerca dos factos, a um estado de incerteza insanável. Assim se chegou à formulação do conceito do «ónus da prova», «das figuras de pensamento mais ricas de sentido que a razão dos juristas bem elaborado», segundo Engisch (ob. cit. pág. 84).

ÓNUS – ENCARGO

7. — Através da regulamentação do ónus da prova reparte a Lei o encargo de provar os factos necessários à aplicação da norma entre os interessados de tal maneira que quando eles não se desincumbam de tal encargo se considerará — constituindo aquilo a que se chama uma certeza ou verdade formal — que o facto, não teve lugar. No processo penal esta regulamentação — que aliás nem sempre é expressa — deu origem ao conhecido princípio «*in dúbio pro reo*» o que significa que é encargo do acusador (normalmente o Estado, através do M. P.) provar que aconteceram os factos em que baseia a sua pretensão de que o réu venha a ser punido (ou seja, a prática pelo réu dos factos puníveis). Já no domínio cível a regulamentação do ónus da prova é mais complicada, como se pode ver pelos artigos 342.º e segs. do Código Civil).

AS PRESUNÇÕES

8. — A regulamentação do ónus da prova não esgota porém as hipóteses em que o juiz se tem de contentar com a verdade formal; também assim acontece, e ainda mais vinculadamente (1), no caso da existência das chamadas presunções legais. Segundo o mecanismo da presunção, um facto é considerado como tendo existido, quando existe (ou se prova que existiu) outro facto. O interessado que tem a seu favor a presunção desnecessita assim de provar o facto presumido. No entanto a ordem jurídica permite em certos casos — a maior parte — que aquele que tem contra si a presunção prove ser falso o facto presumido; neste caso a presunção não é senão uma forma de regulamentação do ónus da prova pela qual se dá uma inversão da regra geral. Outras vezes porém não se admite qualquer espécie de prova contra a presunção legal, caso em que estamos em face de um mecanismo diferente de resolver sobre a existência dos factos pressupostos da aplicação das normas.

(1) Podem conceber-se três graus de vinculação do julgador ao ónus da prova: a) só pode o julgador considerar a prova se provier de quem tem o ónus (não costuma ser adotado); b) pode o julgador considerar qualquer prova, provenha de onde vier, mas não poder investigar provas que lhe não tenham sido apresentadas pelos interessados (caso normal no processo cível); c) poder o julgador apreciar todas as provas e ter mesmo a iniciativa de procurá-las (caso do processo-crime); mesmo neste caso o ónus tem relevância pois permite decidir-se em caso de dúvida conforme se refere no texto.

Na verdade nem mesmo se pode dizer que esta seja uma forma de decidir formalmente num caso de dúvida, visto que a lei não permite ao juiz afastar a presunção ainda que ele por hipótese saiba — de qualquer maneira — que o facto presumido não existiu, ou melhor, não lhe é «permitido saber» isto visto que não pode admitir qualquer prova em contrário da presunção. Exemplos de presunção «*tantum júris*» (ou seja, que admite prova em contrário): n.º 2 dos artigos 506.º, 1634.º e 1725º do Cód. Civil; de

presunção «*júris et de jure*» (que não admite prova): Artigo 579.º, n.º 2 do Cód. Civil.

3.º

AINDA A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURIDICAS

– A SUBSUNÇÃO.

1. — Resolvida a questão de facto ou seja formulado um juízo de certeza (ainda que, às vezes, meramente formal) sobre a existência dos factos que foram julgados significativos, ou, talvez melhor, interessantes — no sentido, de capazes de interessar — torna-se necessário em seguida resolver a «questão de direito», apurar quais as consequências jurídicas que da existência — ou inexistência — dos factos decorrem, em ordem à formulação do comando concreto e atual adequado à regulamentação do caso. A resolução da «questão de direito» comporta duas operações, que são, pela ordem do seu aparecimento lógico, — o que não significa a ordem em que são de facto resolvidas — a primeira, a subsunção e a segunda a interpretação.

O QUE É

2. — A subsunção é a operação por meio da qual nós descobrimos com os factos na mão, qual a norma que lhes é aplicável, ou seja qual a previsão ou hipótese jurídica que os acolhe, que os inclui, à qual eles são subsumíveis.

A interpretação é a operação pela qual nós apuramos o sentido da norma.

Também a subsunção, é, em substância, uma interpretação, porque pesquisa de um sentido — e sentido jurídico — mas trata-se de interpretação dos factos que não a interpretação das normas.

Vejamos um exemplo para marcar melhor a diferença entre os dois fenómenos que andam adrede aí confundidos nalguns manuais. O artigo 360.º, conjugado com o seu n.º 1, do Código Penal português, pune com prisão de 6 meses e multa de um mês, os que causem ofensa corporal de que resulte doença até dez dias; o § único do preceito legal diz porém que só haverá procedimento contra o violador da norma se houver participação do ofendido, salvo se as ofensas corporais puserem em perigo a vida do ofendido ou foram cometidas com armas proibidas, armas de fogo ou «outros meios gravemente perigosos». Imagine-se que, investigados os factos, se concluiu que A praticou sobre B ofensa corporal voluntária utilizando um pau de umbila de um metro de comprimento, grossura regular e secção circular de 2 centímetros de diâmetro. Que a ofensa produziu doença por cinco dias, a qual não pôs em perigo a vida do ofendido.

Queremos saber se é possível o procedimento criminal sem participação do ofendido.

Posta assim a questão, resta-nos apenas resolver se é possível a subsunção do facto da agressão com o instrumento acima descrito, ao conceito de comissão com arma proibida, ou com arma de fogo ou com outro meio gravemente perigoso.

Como não chegaremos a ter qualquer dúvida sobre a subsunção nos conceitos de arma proibida ou arma de fogo (a resolver negativamente) só a análise do processo de subsunção ao conceito de «meio gravemente perigoso» poderá ser problema e portanto elucidar-nos sobre a verdadeira natureza do fenómeno.

Vamos pois enunciá-lo concretamente: um pau de umbila de um metro de comprimento, de grossura regular ao longo de todo o comprimento e de secção circular com dois centímetros de diâmetro é um dos «meios gravemente perigosos» referido no § do artigo 360.º do Código Penal? Toma-se logo evidente que não é possível resolver este 36 problema de subsunção sem fazer a interpretação daquela parte do preceito ou seja sem investigar sobre o que é que no artigo 360.º se quer dizer com «meio gravemente perigoso».

Mas para viermos que os dois processos se não confundem de modo nenhum, suponhamos resolvida a questão da interpretação do preceito naquela parte; suponhamos que chegamos à conclusão de que «meio gravemente perigoso» é o que «é normalmente adequado a produzir a morte». Toma-se logo evidente que persiste um ponto por resolver; o de saber se o pau acima descrito é meio normalmente adequado a produzir a morte. É este o problema da substituição. Gomo se vê trata-se de saber se é possível identificar estas duas realidades: pau de umbila de um metro de comprimento e etc., por um lado, e meio normalmente adequado a produzir a morte, por outro.

É POSSÍVEL COMPARAR UM FACTO COM UM CONCEITO?

3. — Alguns autores fazem notar a impossibilidade teórica de proceder a esta operação; dizem que se trata de comparar um ente da realidade empírica (aquele pau) com um conceito, ente meramente mentado pertencente a um outro modo de ser — com o qual não é possível fazer comparações, já que não é possível encontrar num conceito nenhuma das propriedades de um ente da realidade empírica (materialidade, densidade, cor, etc.). Como não é nossa intenção fazer filosofia do direito e muito menos teoria do conhecimento, apenas indicaremos que a questão se resolve praticamente da seguinte maneira: analisando o conceito e vendo quais as realidades do mundo empírico que lhe servem de suporte (sem curar de saber se o conceito existe ou não independentemente delas). Obtidas essas realidades, a subsunção transforma-se num processo lógico normal de comparação entre entidades, ambas do mundo empírico.

Assim, no nosso exemplo, desejando tentar-se a subsunção daquele pau, que serviu de instrumento de agressão, no conceito de meio gravemente perigoso havemos de «decompor» este conceito (1) nas realidades que lhe servem de suporte (2), o que, na prática, vem a dar em descobrir quais os meios perigosos cuja subsunção no referido preceito jamais levantou quaisquer dúvidas; encontraremos então, por exemplo, a seguinte realidade empírica: uma granada de mão.

(1) Ou «destruir» este «construído» (para usar uma linguagem mais gnoseo-técnica).

(2) Já Stuart Mill afirmava: «Toda a inferência é de particulares para particulares. As proposições gerais são apenas registos de inferências já feitas e fórmulas abreviadas para que se façam mais inferências. A premissa maior de um silogismo, por consequência, é uma destas fórmulas; e a conclusão não é uma inferência feita a partir da fórmula, mas uma inferência feita de acordo com a fórmula, o antecedente lógico real ou premissa, sendo os factos particulares a partir dos quais se obteve por indução a proposição geral, Estes factos e os exemplos individuais que os instanciaram, podem ter sido esquecidos; mas conserva-se um registo, que não descreve os próprios factos mas que mostra como se pode distinguir os diversos casos a

respeito dos quais se considerava que os factos, quando conhecidos, garantiam uma inferência dada. De acordo com as Indicações deste registo nós tiramos a nossa conclusão, que é afinal em todos os casos uma conclusão tirada a partir dos factos esquecidos. Para isso é essencial que se leia o registo corretamente e as regras do silogismo são um conjunto de precauções que nos permitem fazer a leitura corretamente» (*System of Logic* — Citado, sem aplauso, por William e Marta Kneale em «*O Desenvolvimento da Lógica*», Fundação C. Gulbenkian, 2. Ed., pág. 381).

Podemos agora comparar o já descrito pau com este meio de agressão. A comparação dir-nos-á que são coisas muito diferentes se não formos elucidados sob que aspeto se procura descobrir entre elas qualquer identidade. Essa elucidação é-nos fornecida, porém, pela norma já interpretada que nos diz que devem ser comparados, os meios pela sua normal adequação à produção da morte. Assim a comparação já não parecerá absurda e facilmente chegaremos (talvez) à conclusão de que sob este aspeto os objetos não são idênticos (1). Significará isto que havemos de concluir por uma subsunção negativa? Julgamos que não; é que no conceito de meios-perigosos cabe também por exemplo um machado, embora este instrumento: tenha menos a qualidade de ser um meio adequado a produzir a morte e cabe ainda, por ventura, uma faca de açougueiro e talvez uma faca de cozinha bem afiada, que é, por hipótese, o instrumento menos perigoso que ainda é possível conceitualizar como «gravemente perigoso».

(1) Basta pensar em que facilmente pensaremos numa granada como «mortífera» mas não no referido pau.

Comparado este instrumento com o pau descrito no nosso exemplo, já talvez alguns concluam que eles são idênticos quanto à normal adequação para produzir a morte, enquanto outros dirão que o pau é menos adequado. Ora se for possível afirmar que, dos adequados, o menos adequado que é possível incluir no conceito é a faca de cozinha, e que, comparada esta com o pau, se conclui que não são idênticos sob tal aspeto (2), então teremos de concluir que a subsunção não é possível.

(2) Por defeito do pau.

REGRA

Desta demonstração podemos extrair a regra de que a comparação entre o facto a subsumir e o conceito contido na norma há-de fazer-se com o facto ou factos descritos (sem dúvida) no conceito, que tenham em menor grau aquela natureza ou qualidade que os toma subsumíveis.

OS PERITOS

4. — Retrocedamos porém um pouco sobre os nossos passos e retomemos a resolução do caso concreto que nos ocupa a partir do momento em que dissemos que era possível que alguns defendessem que havia identidade entre a faca (aquela faca) e o pau (aquele pau) quanto à adequação para produzir a morte, e outros defendessem que não existia tal identidade. Será ainda possível fazer alguma coisa para sair desta dúvida? Certamente. Se o nosso juízo sobre a adequação dos instrumentos for baseado

apenas na nossa experiência (ou seja nas nossas leituras de livros policiais) devemos desconfiar dela e será altura de chamar um perito. Na falta de um assassino profissional (e eclético quanto à escolha dos instrumentos) talvez que o mais aconselhável seja um médico anatomopatologista.

Podemos porém ainda aqui não ter o problema resolvido porque o perito, pode, por exemplo, informar-nos que não pode elucidar-nos quanto, ao que pretendemos sem que nós lhe digamos o que entendemos por adequado; na verdade dirá ele: por um lado a faca é adequada e o pau não porque a faca facilita especialmente (e o pau não) o resultado (morte) se o agente o desejar, mas por outro lado o pau é mais (ou tão) adequado do que a faca porque embora não facilite tanto como esta a obtenção do resultado, ele pode seguir-se com mais frequência ainda que o agente o não queira (pois o pau é menos governável do que a faca). Como é fácil de entender o que aqui o perito acentuou foi a existência de mais do que uma interpretação para o conceito «adequado» e que não lhe pertence escolher qual delas há-de valer.

O que significa que a subsunção neste caso exigiu, além da recorrência a uma experiência qualificada (1), que se levasse mais longe a interpretação do preceito; optando pela primeira interpretação teremos uma subsunção negativa; optando pela segunda teremos uma subsunção positiva.

(1) Não devemos ser tentados por isso a considerar que a subsunção é, em parte, questão de facto. Em nosso entender não há vazão para tal concluir. O perito-médico funciona aqui como mero -auxiliar do perito de direito. Ele não resolve questão nenhuma, limita-se a fornecer um dado que não é «de facto» em relação à questão subjúdice (que se está a resolver). O problema subsunção é posto em equação pelo aplicador do direito e pôr em equação é que é resolver. Se um astrónomo por viver muito alto (ou ter comprado uma máquina) desaprender de somar nem por isso deixa de poder calcular a órbita de um astro, e nem por isso se pode dizer que tal cálculo não é uma «questão astronómica».

4.º

AINDA A APLICACAO DAS NORMAS JURÍDICAS

– A INTERPRETAÇÃO.

CONTEÚDO E ALCANCE

1. — Importa agora que estudemos a forma e os meios de interpretação das normas jurídicas. Interpretar, já o sabemos, é descobrir o sentido da norma, o que abrange quer a parte que e previsão quer a que e estatuição. Ora determinar o sentido da previsão e investigar o seu conteúdo ou seja, quais os elementos característicos que se deixam descrever sob o conceito ou complexo de conceito que a formam, o que vale dizer que determinar o conceito da hipótese e defini-la. Será através dessa definição que nós conseguiremos determinar quais os casos concretos que a norma regula (pelo processo de verificar se têm ou não os elementos característicos da definição da hipótese; ou seja, que nós conseguiremos determinar o alcance da norma, o que nos irá permitir fazer ou não a subsunção do caso concreto que temos de regular, segundo a técnica que já atrás assinalamos.

Assim, por exemplo, quando o n.º 2 do artigo 240.º do C Civil nos diz que «o negócio simulado é nulo», o processo pelo qual interpretamos a previsão é o de definir «negócio e o de definir «simulação». E por negócio podemos entender, como os brasileiros, tudo e mais alguma coisa; como os etimologistas tudo quanto não seja ócio; como o Sr. Cândido Figueiredo, «comércio» e como alguns juristas, «qualquer ato que consista numa declaração de vontade dirigida à consecução de efeitos práticos permitidos pelo direito, com intenção de que fiquem juridicamente tutelados, e que a lei atribui grosso modo, os efeitos pretendidos». É bem de ver que cada uma destas definições ou conteúdos têm alcances muito diferentes; mais amplo que todos sendo o primeiro, tão amplo que todos os factos ali são subsumíveis — o que evidentemente retira qualquer valor a tal conceito para o direito — e sendo a aceção de negócio como «comércio» o de alcance mais restrito, não permitindo subsumir, na regra do artigo em causa (o 240.º do Código Civil), por exemplo, o ato pelo qual o Sr. A contraiu casamento com a sr.ª E, o qual, no entanto, é subsumível na última das definições apresentadas, razão pela qual eu concluo que o casamento é um negócio, se aquela última definição, é a que está certa.

A ESTATUIÇÃO É IDENTICAMENTE INTERPRETADA

2. — A interpretação da estatuição segue idêntico caminho pois a consequência jurídica também está contida na norma sob a forma conceitual (1); no caso que estamos a analisar, é do conceito de «nulidade» que é necessário apurar o conteúdo e o alcance. Assim, como definição para nulidade, podemos por exemplo escolher entre «a qualidade daquilo que não existe» como quando dizemos: o meu lucro foi nulo (não existiu) ou «a qualidade daquilo que não vale», no sentido de que não é idóneo para produzir os efeitos pretendidos como quando dizemos no futebol: o golo é nulo.

(1) Ou seja: a norma não diz, realmente, qual é a consequência a extrair da subsunção do facto à previsão, diz sim qual é o «tipo» de consequência.

Em face do artigo 289.º do Código Civil podíamos ser tentados a concluir que a definição do conceito contido na estatuição do artigo 240.º, seria a última que apresentámos, mas na verdade é fácil

demonstrar que não é perfeitamente assim, pois que alguns dos efeitos que um negócio é apto a produzir, podem ser produzidos por um negócio nulo (V. por exemplo o artigo 243.º do Código). Seria pois necessário precisar melhor a definição, o que não vamos intentar por não ser este o lugar e o tempo próprio de fazê-lo. Só depois de precisada esta é que seria possível estatuir para o caso concreto, por uma operação de certo modo inversa à que tem lugar na subsunção, visto tratar-se aqui de retirar uma consequência concreta e atual, do tipo de consequência normado pelo preceito a aplicar; passar do geral ao particular enquanto a subsunção é um salto (2) do particular para o geral

(2) Já sabemos que sendo tal «salto» uma operação logicamente impossível (e na verdade não se pode tirar o mais do menos) é, por nós, como que iludida pelo processo de «destruir» o conceito obrigando-o assim a descer até ao caso concreto.

E por falar do salto do particular para o geral, não se julgue que a subsunção é apenas tão questionável como o processo da indução nas ciências da natureza.

Enquanto nestas, a lei só é formulada a partir da verificação da relação causa-efeito numa multiplicidade de fenómenos cujo tipo (a lei) se destina a descrever, na subsunção o problema é o de ter de resolver se o (único) «fenómeno» que temos na mão — os factos averiguados — é do tipo daqueles que a norma se destina a regulamentar. Daí que o nosso recurso seja refazer a norma, ao contrário, decompondo-a — abrindo-lhe o ventre para ver do que é feito. Qualquer coisa como se um físico fosse «obrigado» a decidir se o eletrão atrai o eletrão na razão direta da massa — que finge que tem — e na razão inversa do quadrado das distâncias — se se pode falar em distâncias num espaço tetradimensional — só com a «simples» operação de resolver se «eletrão» é subsumível a «matéria»

PARA QUE A INTERPRETAÇÃO SEJA NORMATIVA TEM DE SER UNÍVOCA

3. — Não basta porém saber que a interpretação das normas jurídicas visa descobrir o seu conteúdo e alcance. Desde que estamos a tratar de interpretação visando a aplicação de normas, devemos ter em vista que a interpretação deve conduzir-nos a um só resultado, que há só um sentido válido para efeitos de aplicação da norma; ou seja, a interpretação deve ser tal que a norma, depois de interpretada, valha como norma. Se assim não fosse a interpretação retiraria a natureza abstrata à norma o que significaria retirar a natureza normativa ao direito. Assim, enquanto um texto literário não é forçoso que tenha uma única interpretação válida, podendo mesmo defender-se que o correto é atribuírem-se-lhe tantas interpretações quantas as «leituras»; já a interpretação jurídica (com fins de aplicação) tem como finalidade chegar a uma interpretação unívoca, pois só assim a norma se cumpre como tal, só assim se conseguirá a mesma regulação para todos os casos que sejam subsumíveis na hipótese, o que vale dizer que não se aplicará a mesma regulação a casos que sejam substancialmente diferentes (1).

(1) Isto só obriga a que a interpretação não seja diferente conforme os casos. Pode ser diferente conforme os intérpretes e pode ser diferente conforme a altura em que é feita. O intérprete não pode pensar: o comando legal tem este sentido para este caso e aquele sentido para aquele caso (não estaria a pensar o comando como abstrato, como norma). Mas o intérprete já pode pensar, sem ofender o carácter normativo do comando: hoje julgo que a norma tem este sentido, ontem julgava que tinha outro. Outra coisa pensam os partidários do Direito Livre, como veremos.

Defender o contrário a pretexto, por exemplo, de que assim se conseguiria uma regulamentação mais justa para os casos concretos, seria julgar pela equidade e não pelo direito e já vimos em que apertados limites (os da receção material) a equidade é de facto admitida.

UMA INTERPRETAÇÃO UNÍVOCA EXIGE UM CRITÉRIO

4. — A circunstância de a interpretação da norma dever conduzir a um resultado unívoco logo nos aponta que o critério da validade da interpretação tem de estar fora da norma e que só pressupondo assente tal critério, será possível tal univocidade de interpretação.

Assim, por exemplo no caso do artigo, 240.º do Código Civil já vimos que é possível dar ao conceito de negócio vários conteúdos e que cada um deles faz variar o alcance do conceito e consequentemente da norma. E na verdade, se abstraíssemos de quaisquer outros elementos que não estejam dentro do preceito, teríamos de aceitar como válida qualquer das interpretações, o que, já vimos, poderia admitir-se considerando o texto do preceito como mera proposição (mera afirmação textual) (l), mas já não pode admitir-se quando se sabe que o texto há-de valer como norma. Já, por exemplo, seria possível assentar que os textos legais valeriam com o sentido que tivessem segundo o conteúdo etimológico dos seus conceitos; possível certamente, mas não admissível pois não se vê como havia de se justificar tal critério.

(1) Caso em que poderíamos dizer: esta frase é idónea para exprimir este sentido e este e mais este.

UM CRITÉRIO PRÓPRIO PARA O DIREITO

5. — Ora o critério que se seguir há-de encontrar justificação que escola de acordo com a realidade que é o direito. Queremos dizer: não basta encontrar um critério, é necessário descobrir qual o critério apropriado, pois que não basta conseguir uma interpretação unívoca, é preciso conseguir uma interpretação verdadeira. Resumindo: é necessário encontrar o sentido da norma, mas que sentido? Qual é o sentido que é próprio às normas jurídicas (2)?

(2) Importa recordar aqui que só estamos a tomar em conta as normas jurídicas die fonte-lei (pois, como vimos, esta fonte tende a ser a exclusiva).

A RESPOSTA SUBJETIVISTA — UMA EXIGÊNCIA LÓGICA?

UMA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL?

6. — A primeira resposta que acode ao espírito de um técnico de direito é: o sentido que lhe tiver dado o legislador, aquele que corresponder à vontade do legislador.

Na verdade parece que sendo uma qualquer proposição verbal ou escrita, a expressão de um pensamento, se ela há-de ter uma interpretação unívoca, é à realidade pensada que haveremos de logicamente recorrer. A esta consideração, de ordem meramente formal e ajurídica, acrescentam os modernos partidários desta teoria (acerca do critério válido de interpretação) que o reportamo-nos ao pensamento do legislador é uma exigência das normas de direito constitucional o qual atribui à pessoa do legislador (e não a um conjunto de letras e de palavras) o poder de regulamentar as relações sociais que, assim, se tomam jurídicas. Seria assim, na investigada vontade do legislador constitucionalmente legítimo, que haveríamos de procurar o sentido da lei.

A CORRECÇÃO TELEOLÓGICA

7. — Desta nova justificação da teoria subjetivista, notemos, vem a resul1tar de facto uma correção à teoria, visto que nos obriga a perguntar acerca da razão da existência do poder legislativo. Devemos então concluir, talvez, que não se trata apenas de atribuir a tarefa de regulamentar o meio de atingir certos fins pressupostos à sociedade. O sentido da norma constitucional será antes a competência para definir o «dever ser» jurídico, o que, já vimos, se reconduz a decidir da escala de valores a vigorar, de acordo com os fins que ele, legislador, pressupuser à sociedade.

Pode acontecer assim que a solução pensada pelo legislador não realize — ou não seja a melhor para realizar os fins que ele próprio pressupôs à norma e através dela à sociedade, devendo nessa altura o intérprete, conhecendo tal discrepância, e se quiser ser verdadeiramente fiel ao legislador, interpretar a norma de acordo com os fins pressupostos e não com a maneira incorreta que foi pensada para os atingir. Só assim se respeitaria verdadeiramente a vontade do legislador.

DUAS CONCEPÇÕES

8. — Resumindo: podemos formular duas conceções diferentes do critério subjetivista: a que diz que a interpretação válida é a que corresponde ao pensamento do legislador, à sua vontade-psicológica, à maneira como ele concebeu a solução do caso; e a que afirma que devemos atender a vontade-teleológica, àquela que respeita os fins queridos pelo legislador.

TEORIA OBJETIVISTA

9. — A esta teoria se opõe o chamado critério objetivista de interpretação. Segundo ele, o querer do legislador a que o Direito Constitucional dá relevância é só aquele que encontrou expressão no texto legal, e na medida em que encontrou, pois só o texto legal é lei e não a vontade de legislador. De facto, esta, como que se consome no próprio ato de legislar, pois a parte de vontade que não foi transformada em lei é irrelevante — já que a vontade do legislador só releva quando determinante de um ato

normativo-jurídico — e a parte que foi transformada em lei deixou de existir como vontade do legislador, tomou-se Irei, e irá viver a sua vida tão independentemente do legislador que ele: próprio lhe ficará sujeito — sendo, pois assim inconcebível que se pense que é a sua vontade que continua a vigorar. A lei é filha da vontade do legislador como a estátua é filha do bloco de madeira de que é feita, mas ninguém vá perguntar à árvore o sentido da estátua; tudo o que, da árvore, interessa à estátua, está na estátua.

A VALIDADE É REFERÊNCIA

10. — Até aqui a teoria não responde ao nosso problema que é o de encontrar um critério de validade para a interpretação. Até aqui a teoria objetivista reconduz-nos à norma e nela, já o vimos, não podemos encontrar um critério da sua própria validade. A validade, não é demais insistir, é uma referência; nada é válido (ou inválido) em si mas em relação a. Por isso os partidários da teoria objetivista não se limitam a dizer que o sentido válido é o que está contido objetivamente na norma, acrescentam qualquer nota de referência como por exemplo o sentido «mais razoável». O que tais autores querem dizer com isso nem sempre é fácil apurá-lo. No entanto, se acrescentarmos que nenhum objetivista concebe a interpretação de uma norma jurídica isolada do resto do sistema jurídico, então já começaremos a ver que é possível fundamentar um critério de in interpretação nesta teoria.

A PARTE PARTICIPA DO SENTIDO GLOBAL

11. — Na verdade, ao realçar que a norma tem a sua vida própria, o objetivista faz do comando normativo-jurídico como que uma realidade do mundo empírico, a qual como todas as outras realidades, só tem sentido se concebida segundo as relações com o todo a que pertence. Nascendo para o mundo do direito, a norma entra imediatamente em relação, com as outras normas jurídicas recebendo delas sentido e participando-lhe também o seu, de forma que cada norma não é mais do que uma parte do discurso, cujo sentido só se pode apreender na totalidade, e cuja totalidade de sentido faz sentido em cada parte do todo. Desta maneira um critério aparentemente tão vago — como a «razoabilidade» ganha alguma precisão, especialmente se considerado como forma de exclusão de soluções não razoáveis, que seriam aquelas que viessem quebrar, evidentemente, a coerência do sistema (1). Assim, por exemplo, seria de todo em todo desrazoável, que no acima citado artigo 240.º do Código Civil, a palavra «negócio» se referisse estritamente a «comércio» ou ato de comércio, sabendo-se que a parte do direito privado que regulamenta tal atividade constitui, no nosso sistema jurídico, um ramo do direito objetivo separado do Direito Civil, com uma disciplina própria e, até, um Código próprio — o Código Comercial.

(1) É o que Larenz, avançando um critério de razoabilidade de radical axiológico, expressa desta maneira: Significa … que todas as proposições jurídicas devem ser interpretadas (nos limites do seu possível sentido literal e da conexão de sentido) de tal forma que, no que seja possível, se evitem contradições de valoração dentro da ordem jurídica. («*Metodologia de la ciencia del Derecho*», Ediciones Ariel, pág, 263).

INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E INTERPRETAÇÃO ATUALISTA

12. — Quer a teoria subjetivista, quer a teoria objetivista da interpretação são melhor compreendidas quando se conjugam com outros dois critérios de interpretação que com elas costumam andar associados e até, por vezes, confundidos.

Trata-se da interpretação histórica e da interpretação atualista.

Por interpretação histórica quer-se significar que o texto legal deve ser interpretado situando-se o intérprete na época em que o texto a interpretar se tomou lei e por interpretação a atualista se significa que o texto deve ser interpretado — para efeitos de aplicação — situando-se o intérprete na sua época, ou seja, na época em que está a ser aplicada a norma.

EM GERAL: SUBJETIVISMO-HISTÓRICO

OBJETIVISMO-ATUALISTA

13. — É fácil de ver que em geral a interpretação subjetivista é histórica e que a interpretação objetivista tanto pode conceber-se histórica como atualista; na verdade é concebível que se procure o sentido objetivo da norma mas referido à data em que a norma nasceu. Na prática, porém, esta situação jamais, que saibamos, foi defendida. Na verdade, a teoria objetivista apareceu pela necessidade de atualizar as normas antigas, pela necessidade de justificar que se possa abandonar o sentido querido pelo legislador, para dar satisfação às necessidades não previstas por ele; por isso a doutrina objetivista já nasceu atualista.

Também parece evidente que se a norma for nova, se se puder dizer que o legislador da norma é contemporâneo da época em que estamos a aplicá-la, então não tem sentido falar na distinção entre interpretação histórica e interpretação atualista e poderemos fazer uma interpretação- subjetivista que não deixará de ser atualizada.

INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA EM VEZ DE ATUALISTA

14. — Supomos, por outro lado, que atualmente, nem o mais convencido objetivista defenderá uma interpretação atualista pura que seria aquela que se desinteressasse completamente pela história dos preceitos em vigor, aquela para quem os preceitos não tivessem data. Parece logo evidente que, desde que a interpretação considera o sistema como um todo — o que já vimos acontece segundo a teoria objetivista — não pode ser indiferente a época histórica em que apareceu este ou aquele preceito, pois, certamente, é de presumir que os mais atuais traduzam melhor as necessidades atuais. Se a interpretação nos conduz sempre a uma valoração contida nas normas, pois nos indica o «dever ser»

para «o caso concreto» a que vamos aplicá-las, então é de presumir que os preceitos mais novos exprimam melhor do que os mais velhos os valores que o ordenamento jurídico como um todo aceita.

Por outro lado, jamais poderemos compreender completamente o sentido de um determinado ordenamento jurídico atual, se não conhecermos o caminho percorrido pela ordem jurídica considerada, até ali chegar. Como facto humano e social, o direito só pode ser compreendido através da sua evolução já que nenhuma realidade social pode ser separada da sua história; todo o social tem de ser definido em termos espácio-temporais. As realidades sociais são aquilo «em que se tomam», aquilo que «devêm».

Torna-se assim necessário introduzir um esclarecimento à conceção de interpretação, atualista, acentuando que ela não despreza (não deve desprezar) os elementos históricos da interpretação, quer os contemporâneos do nascimento das normas, quer todos os que ajudem a compreender a evolução do sentido das normas (nomeadamente as alterações entretanto introduzidas no sistema jurídico pelo nascimento de novos preceitos e o desaparecimento de outros) até ao momento em que são aplicadas. A esta conceção poderíamos, por ventura, melhor chamar de histórico-evolutiva. Ela vai ajudar-nos a compreender como é possível obter uma certa conciliação entre os critérios objetivistas e subjetivistas de interpretação.

APROXIMAÇÕES POSSÍVEIS

15. — Tal como a adoção de um critério de interpretação histórica-evolutiva permite ao objetivista procurar não só no presente mas — também no passado o sentido da norma, a adoção do critério teleológico permite ao subjetivista projetar o pensamento do legislador no futuro — já que, sem dúvida, os fins são mais perduráveis do que os meios (1) — e assim atender, em parte, às necessidades do presente. Aqui remos, pois, uma primeira aproximação entre as duas Escolas.

(1) Repare-se, por exemplo, que, para atingir o fim da regeneração dos criminosos, têm sido defendidos sucessivamente os mais diversos meios: desde as barbáricas chicotadas até às modernas prisões-escolas; desde o isolamento mais completo, até à mais completa sociabilidade.

A CAMINHO DO OBJETIVISMO

16. — Mas não é tudo: perante os ataques dos objetivistas, a doutrina subjetivista tem vindo a aproximar-se paulatinamente do objetivismo. Assim, objetando-se ao subjetivismo a dificuldade, e por vezes impossibilidade, de conhecer o pensamento do legislador (2), opuseram os subjetivistas que isso não era razão para o desprezar quando fosse possível conhecê-lo e que, no caso de impossibilidade, haveria de presumir-se que o legislador soube dar ao seu pensamento a forma mais conveniente e assim concluir que o texto legal, na sua interpretação mais razoável, corresponde à sua vontade. Ê evidente que, neste último caso, estaremos caídos num objetivismo de carácter histórico — visito que só poderá contar-se com o sentido razoável do texto no momento da criação da lei, não podendo evidentemente

presumir-se que o legislador quis um sentido que o texto só vem a adquirir posteriormente. De qualquer modo, tratar-se já de objetivismo.

(2) As dificuldades agravam-se ainda pelo facto de os legisladores modernos serem geralmente órgãos coletivos. Diz-se então (dizem os subjetivistas) que se presume que a vontade deles é aceitarem o pensamento de quem concebeu a norma; que fazem da vontade do autor material da norma, sua vontade (teoria pactícia). Acrescentam ainda que as discussões do órgão coletivo acerca das normas, tomam patente, se não o pensamento dos indivíduos que o constituem, certamente o fim que visaram com a regulamentação que aprovam (V. Engisch, ob. cit., pág. 150).

UMA SOLUÇÃO INSINUADA

17. — Por outro lado, alguns objetivistas mostram-se sensíveis ao argumento subjetivista de que o sentido do poder legislativo é atribuir a faculdade normativa ao legislador; deve objetar-se, porém, que tal argumento só é válido para a interpretação das leis atuais, pois não faz sentido que continuemos a obedecer aos legisladores do passado, que nem são «nossos» legisladores — argumento de facto irrespondível quando os do passado foram apeados, quiçá revolucionáriamente. É a partir desta ideia que se insinua, pensamos nós, a solução para o nosso problema de escolher entre os critérios subjetivista e objetivista.

18. — Julgamos que se deve defender que a vontade do legislador se manifesta tanto pelo facto de pôr uma norma em vigor, como pelo facto de a manter em vigor (1) — desde que, é claro, tenha tido tempo e oportunidade para modificá-la — e que o sentido que o legislador aceita das normas que não são da sua lavra só pode ser o sentido objetivo. Se não, vejamos: a mudança de sentido da lei pode ter várias causas mas uma das mais importantes é, sem dúvida, a promulgação de novas normas que, alterando o sentido do ordenamento jurídico como um todo, altera necessariamente o sentido da parte; ora, legislando, o legislador conta necessariamente com essas mudanças de sentido, visto que, desejando naturalmente ser entendido, cada nova norma deve ser pensada a contar com o sentido que terá no contexto em que vai inserir-se; -com um sentido objetivo, então.

(1) Também D. Marques «Introdução ao Estudo do Direito» Lisboa, 1970, pág. 297 retira desta ideia a sua conceção objetivista-atualista da interpretação. Não podemos, claro, é aceitar que ele afirme uma vez que «a lei é eficaz enquanto querida pelo legislador atual», com o que concordamos e, outra vez, um pouco antes, «que (a lei)...surge...como um ato... cuja vigência se encontra na disposição da vontade da — comunidade política atual», com o que discordamos, em relação ao Portugal — 1970, salvo se o A. considerava a «comunidade política» num país burguês, como a classe dominante, naquele sentido em que Marx disse que os trabalhadores não têm (não tinham) pátria.

Também não nos parece correto fundamentar a aceitação do critério objetivista com o argumento de que se usam para a interpretação «elementos extratextuais...que variam ou podem variar». Trata-se de uma petição de princípio; só os objetivistas é que usam tais elementos; os subjetivistas considerá-los-ão irrelevantes. Assim não se pode dizer que se é objetivista porque se utilizam tais elementos de interpretação, mas, ao contrário, diz-se que se utilizam tais elementos, porque se é objetivista.

UMA SOLUÇÃO APRESENTADA

19. — Desde que o poder legislativo abrange não só a faculdade de emitir normas novas mas também a de renovar e modificar as anteriores, parece de concluir que o legislador atual quer o ordenamento jurídico com o sentido objetivo que ele tem, pois havendo alguma discrepância entre a sua vontade e tal sentido, está na sua mão colmatá-la (1).

(1) Quero dizer: se o legislador deseja pôr cobro a uma interpretação objetiva que lhe desagrade, só tem, mas tem sempre (como legislador) a faculdade de modificar a norma de forma que a interpretação objetiva passe a agradar-lhe (seja a sua vontade — seja a interpretação subjetiva atual). E não faz qualquer sentido que o legislador (atual) legisle para pôr a interpretação de acordo com a vontade do legislador antigo.

UMA SOLUÇÃO DUALISTA

20. — Resumindo: se se partir do Princípio de que o intérprete só deve obediência ao legislador atual e é assim sob pena de se elevar a lei à categoria de um fetiche — então devemos interpretar subjetivamente as leis atuais — pensando no entanto, até prova em contrário, que elas são queridas com o sentido objetivo que têm — e devemos interpretar objetivamente as — leis antigas, pois que a estas o legislador atual só pode querê-las com o sentido objetivo. Isto, é claro, no pressuposto de se reconhecer, legitimidade ao legislador «atual» (contemporâneo do momento da aplicação) de acordo com as mesmas regras de consciente adesão áxio-teleológica (2) a que nos referimos a propósito das relações entre o direito e a justiça (3).

(2) O que também significa, evidentemente, que em qualquer circunstância, numa interpretação subjetivista ou objetivista, só será acatado o sentido da norma, se forem respeitados os fins nela pressupostos. O elemento teleológico deve pois considerar-se decisivo. A referência aos fins, melhor do que à «razoabilidade» da solução, vem desta maneira a ser a necessária complementarização para que a Teoria Objetivista se possa tomar um verdadeiro critério de validade (garantia. da univocidade) da interpretação. Acrescente-se, a propósito, que desde que se assenta num critério de validade para a interpretação, ele deixa de funcionar como tal; passamos a considerá-lo a meta da interpretação. Dizemos assim que a meta é descobrir a vontade do legislador ou o sen tido objetivo da lei. Continuar a considerar estas metas como simples critérios de unívoca interpretação significaria, logicamente, deixar fazer a interpretação ao acaso e só depois verificar, de acordo com o critério adotado, se devíamos considerá-la válida ou não.

(3) Engisch refere esta solução dualista como possível «após uma revolução»; não a justifica, porém, o que não admira sabendo que se «mantém fiel» ao velho subjetivismo (Ob. citada, págs. 149-150).

IMPOSSÍVEL ENTENDER O DIREITO SEPARADO DA RESTANTE REALIDADE SOCIAL

21. — Para quem, como nós, considere o direito como uma mera parte da superestrutura social, indissociável quer da base, quer dos outros elementos estruturais ou superestruturas que constituem a sociedade- costumes, regiras morais, muitos, valores estéticos, éticos, etc., etc. — é simplesmente inconcebível que se procure numa norma jurídica de antiga extração, o pensamento ou a vontade de

quem a emitiu. O pensamento dos homens que nos precederam só nos governa na medida em que for nosso; só o que dele ficou e foi assumido é que realmente é, e assim o que do pensamento do legislador existe na norma é sentido objetivo; o que lá não existe como coisa do presente, não existe; e o que não existe não pode ser aplicado (1).

(1) O que significa que sempre que um intérprete aplica uma norma antiga contra o seu sentido objetivo, a pretexto de obedecer à vontade do legislador, dá ao caso concreto uma solução passada, — a que seria válida no passado — e assim contra a lei vigente que é o sistema normativo-jurídico atual

UMA TEORIA DENEGERADA

22. — Não podemos encerrar esta matéria dos critérios de validade de interpretação das normas sem fazer referência à «moderna» escola do Direito Livre — De Bülow (um precursor) e Ehrlich (o primeiro a empregar a expressão em 1903) a Stammler — que representa aquilo a que em linguagem politica se pode chamar a degenerescência esquerdista da teoria da interpretação objetivista (2). Segundo ela, o intérprete-juiz não deve afinal qualquer obediência à norma, pois ele é que sabe, já que é ele quem está em melhor situação para saber, em virtude do seu contacto direto com o caso concreto; deve pois regular como for melhor perante os interesses em jogo.

(2) Larenz (Ob. cit., pág. 76) fala do subjetivismo da teoria pois considera-a, justamente, como «voluntarista» por dar predomínio à vontade...do intérprete-juiz (que não, é claro, do legislador).

Algumas fações menos fanáticas (Kantorowicz, Isay) consideram as normas como «um plano», uma espécie de fonte de inspiração a que o juiz se deve reportar, ou entendem que o Direito Livre existe ao lado do direito estatal e com a mesma importância que este. Stammler — um neo-kantiano — faz derivar este critério de interpretação da sua noção de Direito justo. A «justeza» para Stammler é a «unidade consumada da consciência» a «perfeita correspondência de todos os conteúdos imagináveis da consciência». Isto pode recordar a alguns o que atrás dissemos sobre o princípio da coerência como critério da interpretação objetivista. Distinga-se, porém, que a «nossa» coerência é referida, objetivamente ao sistema jurídico e não como Stammler a refere, a uma consciência dotada, à maneira de Kant, de ideias *à priori* — ao que ele chama, metafisicamente, os «conceitos puros fundamentais» do Direito.

Quando concebida a teoria (falamos ainda do Direito Livre) como simples forma de integração das lacunas da lei vem a confundir-se, pelo menos em parte, com a chamada «jurisprudência dos interesses» (1), de que adiante falaremos.

(1) Segundo Larenz (Ob. cit., pags, 77-78), Heck protesta «energicamente» contra tal confusão numa obra que desconhecemos. Veja-se, porém, esta sua afirmação: «O juiz...tem também de completar e eventualmente corrigir, em conformidade com os interesses, os comandos existentes… É também, criador das normas a aplicar, auxiliar, portanto, do legislador, embora subordinado. (Ph. Heck «Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses», tradução de José Osório, Arménio Amado — Editor-Coimbra, 1947, pág. 24). Larenz concorda, porém, com Heck em virtude da diferença gnosiológica das duas teorias; racionalista a Jurisprudência dos Interesses; voluntarista-irracionalista a do Direito Livre.

NÃO É DIREITO

23. — Excetuando esta última hipótese — em que é aceitável na medida em que coincide com a Jurisprudência dos interesses — a Teoria do Direito Livre não pode admitir-se dentro dos termos em que definimos o Direito Objetivo já que o considerámos uma ordem normativa e definimos como um imperativo que se pode acatar ou violar mas que não se pode dizer que se acata quando se viola.

METODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

24. — Isto não significa que o método «Direito Livre» não possa ser concebido como uma forma de resolver os conflitos sociais — ainda que nunca de organizar a sociedade e «regular» a cooperação — pois já vimos como a sociabilidade não exige necessariamente o Direito.

MAS, PORÉM E TODAVIA

25. — Convém, porém, advertir que os mecanismos que atrás descrevemos como «substitutos» do direito nada têm que ver com o sistema Direito Livre. Ali persiste a ordem normativa, o que desaparece é a especial forma de coercibilidade que o direito afinal é; aqui persiste a mesma coercibilidade, o que desapareceria era o carácter normativo dos comandos que passariam a ser casuisticamente encontrados pelo Senhor Juiz. Entre uma ordem normativa de coercibilidade organizada e aplicada pelo Estado e uma casuística coerciva também aplicada pelo Estado eis a alternativa entre «Direito» e «Direito Livre», do qual se pode dizer que, se em teoria já não é Direito, na prática seria tudo menos livre (1).

(1) Filosoficamente fundamentado no pessimismo-voluntarista Schopenhaueriano, no voluntarismo-triunfalista Nietzchieiano e no intuo-irracionalismo Bergsoniano, o Direito Livre tem, como aquelas duas primeiras filosofias, uma vocação anti-humanista pró-nazi (Cfr. a propósito da fundamentação filosófica, Larenz, ob. citada, pág, 75)

5.º

AINDA A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS -

- OS ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO

1. — Suposta como resolvida a questão de um critério de unívoca interpretação e achada assim uma meta para a atividade interpretativa, falta-nos saber como, com que meios ou elementos, poderemos atingir essa meta. É esta uma matéria já tantas vezes tratada e por tão elevados espíritos, que não exigirá de nós senão um trabalho de síntese — que, sem a mutilar a reduza à dimensão que o Curso comporta.

Tradicionalmente classificam-se os elementos de interpretação em:

a) Literal ou gramatical;

b) Lógico-sistemático;

c) Histórico; e

d) Teleológico.

Ao primeiro dos elementos referidos, o gramatical se chama, por vezes, abreviadamente, a «letra» da lei; a todos os outros tratamos então, genericamente, por «espírito» (1).

(1) A interpretação dos textos escritos tem sido, desde os primórdios da história, motivo para se revelarem e contraporem duas correntes gnosiológicas que revelam quiçá, uma bipolar tendência da faculdade intelectiva: de um lado os partidários da «letra», do patente, do visível, do objetivo; do outro os partidários do «espírito», da realidade substancial oculta, que a letra ora revela ora esconde. Ecos desta antiga querela encontramo-los condensados em fórmulas carregadas de intensa emotividade: — «a letra mata, o espirito vivifica» — que da interpretação dos textos tem dependido às vezes, a vida ou a morte, a riqueza ou a miséria, a glória ou a ignomínia dos homens. E de facto o (texto) escrito, marca ígnea da divindade em pedras sagradas, signo e símbolo, mágica prisão para a palavra — a que, antes de tudo, existe e tudo cria: «abracadabra» e «amem» — tem sido, demais, servido pelos homens. Haja em vista os modernos burocratas, adoradores de São Requerimento Selado, a quem nem sequer falta a veste talar sob a forma esquemática mas influente de manga-de-alpaca. Importa, pois, dessacralizá-lo — ao (texto) escrito — Reduzi-lo ao que, simplesmente é: ferramenta para a linguagem, veiculo para o pensamento, ao serviço do homem. Isto é interpretar.

ELEMENTO GRAMATICAL — NECESSÁRIO

2. — O elemento literal ou gramatical é, logicamente, o primeiro que consideramos. Na verdade, o texto da lei constitui o próprio objeto da interpretação, podendo dizer-se que sem ele não há atividade interpretativa. Constitui assim o ponto de partida indispensável, mas, se quisermos servir-nos corretamente desta metáfora, deveremos acrescentar que é um ponto de partida que nunca pode ser perdido de vista sob pena de não chegarmos, certamente, à meta procurada, pois que é ainda ao texto que teremos de voltar como ponto de chegada. Estas considerações, que são evidentes para quem tenha como meta uma interpretação objetivista, também têm de se impor aos subjetivistas em virtude da natureza formal da fonte-lei. Realmente, o significante do facto de a fonte-lei ser uma fonte escrita é que o ato narrativo-jurídico, para valer como tal, tem de ser formalizado num texto escrito. Por isso, nenhuma vontade ou pensamento imperativo, de que não possa encontrar-se expressão no texto que se destina a formalizá-lo, poderá chamar-se uma norma jurídica de fonte-lei.

MAS INSUFICIENTE — A AMBIGUIDADE

3. — Feliz, ou infelizmente, o problema não costuma ser a insuficiência do texto para exprimir um sentido, mas antes a ambiguidade, a capacidade para exprimir vários, quando a meta necessária é, como sabemos, uma interpretação unívoca.

A ambiguidade provém, principalmente, do fenómeno chamado da «polissemia» das palavas, ou seja, do facto de um grande número de vocábulos ter mais do que um sentido, como acima exemplificamos acerca da palavra «negócio».

O fenómeno polissémico é extremamente complicado e ocupa já um importante capítulo na ciência da significação das 'Palavras: a Semântica. Uma palavra pode ter diversos sentidos tão diferentes que, na prática, nenhuma confusão se poderá estabelecer, pois o contexto da frase em que se encontra inserida logo nos dirá qual o verdadeiro. É o caso, por ex. de «canto», quando referido a um dos ângulos formados pelas arestas desta folha, ou o «canto» do rouxinol (1). Outras vezes, porém, os diversos sentidos de uma palavra são tão próximos que convêm igualmente ao contexto em que a palavra se encontra, e é necessária uma investigação complicada para encontrar o exato e às vezes uma complicada explicação para mostrar a diferença entre eles. Veja-se, por exemplo, a palavra errar, que pode significar não acertar numa resposta ou num pássaro, em ambos os casos sabendo ou ignorando onde estava a resposta ou o pássaro certo. Ao caçador acontece por vezes errar acertando — na folha que confundiu com o pássaro. E quando errar significa andar ao acaso, o que é, por vezes, uma forma de acertar?

(1) Este é um exemplo de homonímia e não de polissemia mas o problema põe-se na mesma, embora se resolva, em geral, com mais facilidade nos casos de homonímia.

O SENTIDO TÉCNICO (ESTRITO) — O SENTIDO VULGAR

4. — De especial importância na interpretação jurídica é a polissemia derivada do facto de as palavras terem, por vezes, um sentido vulgar e um sentido técnico-jurídico. A este propósito tem-se reprovado, às vezes com razão, ao legislador — e até ao intérprete, que não tem culpa nenhuma — o uso de expressões inacessíveis aos verdadeiros destinatários das normas, que são os cidadãos vulgares e não os juristas como tais. Certo, é, porém, que normalmente o legislador o faz de boa-fé, como forma de obter precisão de linguagem ou para evitar repetir sucessivamente a descrição de uma realidade que é possível conceitualizar numa palavra técnica. Exemplifique-se, por ex. com o termo personalidade (jurídica) que é a suscetibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações e verifique-se que complicado seria estar sempre a repetir esta definição cada vez que, num Código, se tivesse de falar de tal realidade.

A regra de que em princípio o intérprete deve pressupor que as palavras que têm um sentido

técnico-jurídico foram empregadas nesse sentido, deve ser usada com a maior cautela, pois às vezes acontece exatamente o contrário, ou porque o legislador foi sensível à ideia crítica que acima se formulou, ou porque ele não era, de facto, um técnico de direito. Acresce que mesmo as palavras técnicas, enquanto tais, não estão isentas da «doença» polissémica, a qual, quando ataca estas palavras, costuma ser ainda mais grave, pois revela normalmente um desacordo entre os especialistas acerca da natureza de uma dada realidade (1).

(1) Recordemos, a propósito, o indisciplinado emprego das palavras «idealismo» e «realismo», para significar, cada uma delas, uma teoria e a sua contrária. Assim, durante a chamada Querela dos Universais, chamava-se realista a quem acreditava na realidade dos conceitos, ou seja a quem fosse, como Platão, idealista!

A ANFIBOLOGIA-OUTRA CAUSA DE AMBIGUIDADE

5. — A polissemia não é, porém, a única causa possível da ambiguidade de um texto. Bastante importante, também, é por exemplo o fenómeno da equivocidade (ou anfibologia) caso em que a ambiguidade não resulta da existência de sentidos diferentes para as mesmas palavras, mas sim das diferentes maneiras como elas podem ser consideradas ligadas gramaticalmente umas às outras. Como se sabe, é algo perigoso dizer a alguém mais forte do que nós: «Vi ontem o burro do teu pai». Se alguém escrever: «Deixei o aluno esclarecido», não sabemos se o esclarecido foi o aluno se a pessoa que esteve com ele, o que só se esclarece mudando o lugar das palavras — o que se não pode fazer quando o texto é dado — ou recorrendo a elementos extraliterais (2).

Por estas breves considerações se poderá aquilatar de como seria insuficiente e muitas vezes irremediavelmente ambígua uma interpretação que se restringisse ao elemento literal, que se limitasse a ser uma exegese, como, por veres, esperam «ou exigem» os mandadores que querem ser obedecidos «à letra» e até proíbem «interpretar», não sabendo (ou sabendo) que tal significa proibir compreender.

(2) Para um estudo aprofundado acerca do fenómeno ambiguidade da linguagem (só nos interessa a escrita) recomendamos a «Semântica» de Stephen Ullman, Fundação Calouste Gulbenkian, principalmente págs. 323 e segs.

O ELEMENTO LÓGICO-SISTEMÁTICO

6. — A passagem do uso do elemento literal para o uso do elemento lógico-sistemático é insensível. Na verdade, já o esclarecimento do sentido dos conceitos contidos dentro do preceito legal, tem de ser obtido através da consideração do respetivo contexto, pois que jamais se obtém o sentido de uma proposição pela mera justaposição das pequenas unidades de sentido que a compõem. No entanto, devemos concordar que a diferença entre a interpretação literal e a interpretação lógico-sistemática só tem relevo, no momento em que, tomando do preceito interpretando, o sentido (provisório) que aquela revelou, se conexiona com o sentido já conhecido dos outros preceitos que lhe estão próximos (1) e depois, sendo necessário, se considera o contexto de todo o sistema de normas de que o preceito

interpretando faz parte — instituto jurídico, diploma legal, ramo do direito, etc. — e, por fim, pode chegar a esclarecer-se o seu sentido através da relacionação com princípios gerais, que só do sistema jurídico, como um todo resultam.

(1) A proximidade refere-se, é evidente, mais à afinidade dos interesses em causa ou dos fins pressupostos, que ao facto de se encontrarem «fisicamente» perto, dentro do diploma legal a que pertencem.

RELAÇÕES ESPECIAIS ENTRE NORMAS

7. — A necessidade da recorrência ao elemento sistemático é particularmente evidente quando os preceitos legais se encontram uns em, relação aos outros em quaisquer das seguintes especiais relações: excecionalidade e especialidade.

Na verdade, — parece evidente não ser possível compreender a exceção se não foi conhecida a regra e, por outro lado, também a norma que constitui a regra sai precisada, por limitação, se forem conhecidos todos os preceitos que a excecionam. O mesmo se pode dizer do fenómeno especialidade, que se dá quando as normas se encontram umas em relação às outras na posição de espécie — para género. É o caso, por exemplo, de não ser possível compreender perfeitamente as normas que regulam a compra e venda a prestações (artigo 934.º e seguintes do Código Civil), se não forem conhecidas as normas que regulam a compra e venda em geral as quais são aplicáveis a todas as modalidades de compras e vendas, salvo no que a regulamentação especial contenha de derrogatório (1).

(1) A interpretação sistemática dos preceitos legais conexionados entre si pela relação generalidade-especialidade ou pela de regra-exceção pode, por outro lado, ser antes teorizada como tarefa de recm1stituição das normas jurídicas visto que o esclarecimento obtido ao operar tais conexões é principalmente um completar de sentido. O certo, porém, é que a operação sempre nos aparecerá, na prática, como uma tarefa interpretativa dos preceitos legais com que, estamos a operar; é que são estes e não as normas, as realidades objetivas que encontramos nos diplomas legais. As normas jurídicas são sempre uma realidade relativa, já que devemos entendê-las como a regulamentação completa para o caso concreto e por isso é este que determina a sua (das normas) extensão. As normas jurídicas contruímo-las pois a partir dos preceitos e conforme as necessidades de regulamentação dos casos concretos acontecendo comummente, não só o nosso já conhecido fenómeno de uma norma ser formada de vários preceitos, mas também o de certos preceitos legais entrarem na composição de normas diversas. Temos assim que, por vezes, apurar o sentido de uma norma, seja o mesmo – ou em grande medida — que (re) constituí-la.

Vejamos um exemplo de interpretação lógico-sistemática num caso de relação generalidade-especialidade: o atrás ditado artigo 934.º do Código Civil diz que nas vendas a prestações com reserva de propriedade — para o vendedor, é claro — e entrega da coisa ao comprador, o contrato não pode resolver-se (dar-se por ineficaz) pela falta de pagamento de uma só prestação. Esta regra compreende-se, porque uma semelhante existe para as compras e vendas em geral (artigo 886.º) regra que, porém, só se aplica às vendas a prestações, se for só uma (e inferior a um oitavo do preço) a prestação não paga tempestivamente. Depreende-se pois que sendo duas ou mais as prestações em falta (ou mesmo uma só de valor superior a um oitavo do preço) já pode o vendedor resolver o contrato por esse motivo, o que é a aplicação da regra mais geral no n.º 2 do artigo 801.º (a conjugar com o 798.º e n.º 1 do 808.º todos

do Código Civil).

PROCESSOS LÓGICOS DE USAR O ELEMENTO SISTEMÁTICO

8. — Na entanto, também entre preceitos não intimamente conexionados se intermutam esclarecimentos de sentido. São principalmente dois os processos lógicos — ou duas as faces do mesmo processo — pelos quais podemos aproximar dois preceitos a fim de mutuamente se esclarecerem: o que se baseia na semelhança e o que se baseia na diferença. Ao primeiro dá-se por vezes a denominação de «lugares paralelos» e é nada mais que o argumento analógico que melhor estudaremos a propósito da integração das leis. Baseia-se fundamentalmente na ideia de que sendo obscura a estatuição de um preceito, deve aceitar-se a interpretação que a aproxima da do oculto preceito cuja hipótese é semelhante. Dentro da mesma lógica, deve afastar-se a interpretação que aproxime a consequência jurídica da prevista noutro preceito, cuja hipótese é dissemelhante. A semelhança afere-se, como também adiante veremos melhor, pela consideração dos interesses em jogo, ou ainda, em última análise, dos fins a atingir.

O argumento que se baseia na dissemelhança é para ser usado com a maior cautela, pois é vulgar retirar-se a mesma consequência jurídica de hipóteses que só recorrendo aos fins últimos pressupostos no ordenamento jurídico, se podem aproximar; haja em vista, por exemplo, o serem puníveis com a mesma pena os factos de matar uma pessoa (artigo 349.º do Código Penal) e furtar valor superior a 500 contos num armazém, em que se entrou escalando uma janela (artigo 421.º n.º 5 com o 427.º e n.º 7 do 426.º , todos do Código Penal). Na prática o argumento por dissemelhança é um contra-argumento para afastar uma consequência jurídica (que alguém deseje aproximar da de outro preceito) demonstrando que sendo diferentes as hipóteses, não é necessário que as estatuições coincidam.

A ANALOGIA NA INTERPRETAÇÃO DA HIPÓTESE

9. — Deveremos acautelar-nos contra o risco de pretender utilizar o argumento analógico quando a parte a interpretar do preceito seja a hipótese. Na verdade, e coroo já vimos, nunca a semelhança ou mesmo a identidade de soluções nos dirá que as hipóteses são também, semelhantes. Em concreto o risco é pequeno porque o processo interpretativo, tomará, neste caso, rumo diferente. Na verdade, se estamos a interpretar a estatuição é porque já consideramos o caso concreto que temos de regular, subsumível na hipótese do preceito interpretando, mas se ainda estamos a interpretar a hipótese é porque temos dúvida sobre a legitimidade duma subsunção que apenas julgamos possível. Ora então, se outro preceito vem à baila por ter uma hipótese presumivelmente análoga em virtude da semelhança ou identidade da sua estatuição, o que ficará em jogo é a possibilidade de subsumir num ou noutro preceito o caso concreto. Sendo a interpretação da hipótese uma exigência da necessidade de operar o processo de subsunção, o apelo a um novo preceito só pode ter sido justificado na medida em que este também se mostre idóneo, *à priori,* para acolher o caso. A comparação entre os dois preceitos virá assim

a ser efetuada com referência ao caso concreto e com vista a escolher em qual deles deve fazer-se a subsunção. Seria sem dúvida absurdo que uma subsunção difícil num determinado preceito, viesse a fazer-se nele, porque outro preceito, com a mesma ou semelhante estatuição mas de hipótese mais esclarecida, estivesse apito a acolher o caso.

Já o argumento baseado na diferença se revelará aqui mais produtivo. Na verdade, uma subsunção duvidosa pode vir a revelar-se como correta quando o outro preceito, em que alternativamente se poderia fazer, tem uma estatuição que se mostra inadequada para regular o caso concreto.

A POSIÇÃO SISTEMÁTICA

10. — Um particular caso de interpretação sistemática é o que ocorre quando não se procede propriamente a uma conexão de sentidos entre normas, mas apenas se atende à colocação do preceito a interpretar no sistema de normas que regula o instituto jurídico de que faz parte, ou do Diploma legal que o contém. Assim, por exemplo, terá bastante importância para a interpretação saber se um preceito penal está colocado entre os que regulam os crimes contra as pessoas ou entre os que regulam os contra a propriedade; sendo que há casos de preceitos que podem pertencer a um ou outro capítulo — por exemplo o roubo (furto com violência contra as pessoas).

VALOR DESTE ELEMENTO

11. — Sendo embora o elemento sistemático sempre importante, qualquer que seja a meta que vise a interpretação, o certo é que ele ganha especial relevância numa interpretação objetivista, já que esta, quer buscando os motivos que explicam a regulamentação, quer os fins que ela visa, não pode, evidentemente, pretender descobrir uns ou outros pela análise de qualquer norma isolada, mormente quando se considere, como acima consideramos, que são de afastar sempre as interpretações que quebrem, com nitidez, a coerência do sistema.

Quando se intente uma interpretação subjetivista, interessará sobretudo considerar a conexão das normas a interpretar com as provenientes do mesmo legislador e mormente com as emitidas na mesma ocasião. Todavia, não devemos esquecer que é de presumir que o legislador queira as normas coerentes com o sistema em que vão inserir-se, como já acima dissemos, e por isso também não desinteressará considerar todas as normas já existentes à data do nascimento da norma interpretanda; só as que lhe sejam posteriores nada dirão sobre o sentido com que foi concebida.

A coerência deve ser, como já sabemos, especialmente referida aos fins visados pelas normas, os quais se supõem correlacionados entre si de forma a que o comportamento humano que interessa ao direito se processe de acordo com os grandes fins que a sociedade considerada prossegue. Em suma: o direito careceria de sentido se não fosse de fado um só discurso normativo; um projeto de comportamento no qual as ações humanas são concebidas como interligadas e correlacionadas, quer

consideremos as diversas ações de um mesmo indivíduo quer as dos diversos indivíduos que constituem o grupo social nas relações que estabelecem entre si.

OS ELEMENTOS HISTÓRICOS — DATA

12. — Passemos agora ao estudo dos chamados elementos históricos da interpretação.

O primeiro que devemos considerar é a data do preceito a interpretar. A evidência da importância deste elemento é tal que a maior parte dos autores esquece-se de o considerar expressamente. Não obstante, é a data que permite, em boa parte dos casos, aos subjetivistas, identificar o legislador histórico cujo pensamento ou vontade procuram. E se procurarem saber que motivos o legislador teria para consagrar uma certa regulamentação, ou que fins foram tidos em visita, será ainda a data que permitirá identificar a época que viu nascer o preceito e daí partir para a investigação dos outros elementos sociais que interessem ao aclaramento dos motivos e fins das normas então geradas (1).

1) Aqueles a quem a língua foge muito para o latim, falam aqui da «ocasio legis».

A data permite ainda ordenar «:por idades» os preceitos entre si e assim utilizar o elemento sistemático em correlação com o elemento histórico, facultando, numa interpretação subjetivista, aclarar o pensamento do legislador expresso num preceito, com o expresso pelo mesmo legislador, quiçá com mais felicidade, noutro preceito, ou explicar diferenças de regulamentação de matérias afins pela diferente época de génese dos respetivos preceitos.

Numa interpretação objetivista utilizar-se-á o mesmo elemento paira, por exemplo, afastar uma das interpretações possíveis do preceito, com a consideração de que se ela era aceitável na data da sua génese, já assim não acontece «agora», por se haverem modificado os condicionalismos ou por terem entretanto sobrevindo outras normas que alteraram o sentido da interpretanda. Quando seja necessário escolher entre dois (ou mais) motivos ou fins diferentes que a norma parece adequada a realizar, o objetivista escolherá certamente os que forem mais coerentes com os visados nas normas mais modernas, por os supor, em princípio, mais de acordo com o vigente modo de ser social.

A REGULAMENTAÇÃO ANTERIOR — A MUDANÇA

13. — Outro elemento histórico da maior valia para a interpretação de um preceito é o conhecimento da regulamentação anterior da relação ou situação jurídica a que pertence o caso a regular. A comparação das regras jurídicas com a (s) regra (s) anteriormente vigente (s) para o mesmo caso, esclarece sobre as razões da mudança e sobre o sentido da evolução, e permite também articular o direito com as outras superestruturas sociais, verificando de que maneira se interinfluenciam e se acompanham nas suas mútuas e contínuas transformações. Como, por outro lado, raras vezes se verificam mudanças bruscas na ordem jurídica, as pequenas mudanças permitem-nos como que assistir

ao crescimento das normas, aos seu aperfeiçoamento em ordem a servir melhor os fins do ordenamento político-social vigente.

Devemos no entanto precaver-nos contra o preconceito de julgar que a evolução se processa sempre em tal sentido. Como devemos saber, é no seio da sociedade velha que se geram as contradições que são a semente da nova sociedade e, não raras vezes, tal semente encontra terreno propicio no campo do direito, espelho onde as sociedades gostam de ver refletida a sua melhor face.

TAMBÉM A PERMANENCIA PODE SER SIGNIFICATIVA

14. — Devemos ainda anotar que buscando os motivos de regulamentação, uma permanência é por vezes tão significativa como uma mudança. Assim, por exemplo, uma pequena mudança no preceito pode ter lugar para confirmar uma interpretação que violentava muito o seu sentido literal. Na mesma lógica o legislador abstém-se, por vezes propositadamente, de mudar a letra da lei, para confirmar uma contestada interpretação literal. Uma abstenção propositada é a que deve presumir-se, por exemplo, do facto de ter havido uma alteração profunda no diploma legal que contém o preceito em causa.

Destes factos — intenção legislativa de mudar ou não mudar — retiramos objetivistas e os subjetivistas consequências, por vezes muito diferentes, mas sempre consequências; basta pensar que, quer a alteração quer a abstenção voluntária de alterar o preceito, mudam, de facto, a sua data.

A ORIGEM OU FONTE DO PRECEITO

15. — Entre os elementos históricos da interpretação colocam-se também as chamadas fontes dos preceitos. A metáfora «fonte» está aqui empregada num sentido diferente daquele em que a usamos ma expressão «fonte de direito». Esta, como sabemos, é equivalente à de facto normativo-jurídico. Agora referimo-nos simplesmente à origem do preceito; ao «lugar» onde o legislador foi buscar o conteúdo da regulamentação que adotou.

Impossível é conceber que o legislador tenha partido do nada para a conceção da norma, mas algumas vezes acontecerá que os elementos que a integram se encontram de tal modo disseminados pelo complexo corpo da superestrutura social, que impossível é separá-los e assim a investigação da fonte reconduz-se a uma investigação sociológica da origem do preceito, o que apenas superficialmente poderá fazer-se quando se intente a interpretação com o fim de aplicação a um caso concreto.

Muitas vezes a fonte do preceito é a anterior regulamentação, caso que no número anterior acabamos de analisar. Mas outras vezes a fonte (ou a fonte principal) é de outra natureza, por exemplo o ensinamento de um jurista insigne ou um preceito pertencente a um ordenamento jurídico estrangeiro.

É fácil concluir que o conhecimento da fonte tem a maior importância para a interpretação. Assim, se o preceito, reproduz fielmente a fonte é de presumir que tenha sido pensado pelo legislador com o sentido que tinha no contexto donde foi retirado. Qualquer alteração poderá ser bastante significativa.

OS TRABALHOS PREPARATÓRIOS

16. — Segue-se considerar o valor dos chamados trabalhos preparatórios para a interpretação. Chamamos trabalhos preparatórios a todo o acervo de estudos, projetos e comentários a que a gestação de uma lei dá origem.

A publicidade que é dada a tais trabalhos varia muito conforme o órgão legislativo e a importância do diploma legal. Os diplomas emanados dos órgãos legislativos colegiais são aqueles que, pela sua natureza, costumam deixar maior quantidade de resíduos preparatórios.

A importância dada a tal material varia enormemente conforme seja subjetivista ou objetivista a meta da interpretação a atingir e escusado será acrescentar — mas sempre se acrescenta — que são os subjetivistas que lhe dão a maior importância (1). E importância tanta que a atividade interpretativa dos subjetivistas se tem limitado, muitas vezes, a um afadigado remexer no «cesto dos papéis» Legislativo. Remexer improfícuo, como já sabemos, se a pepita procurada é a vontade psicológica do legislador, sendo este, como geralmente é, um órgão colegial -salvo quando se aceite a ficção pactícia retroreferida em Nota a página 58. Já porém a pesquisa da vontade teleológica do legislador, dá por vezes, como sabemos, melhor resultado, se intentada neste terreno; por isso ainda os modernos subjetivistas o não podem abandonar.

A corrente objetivista histórico-evolutiva (que é o correto modo de ser atualista) atribui (deve atribuir) aos trabalhos, preparatórios o mesmo valor que aos outros elementos históricos. Um valor na medida — e é grande — em que o conhecimento das origens de uma certa realidade, ajuda a compreender o que a realidade é.

(1) A diferença do valor heurístico dos trabalhos preparatórios para os subjetivistas e objetivistas é tal, que M. de Andrade («*Sentido e valor da Jurisprudência*», Coimbra, 1973. página 3) dizia: «Todo o peso da questão se concentra no valor interpretativo a ser atribuído aos chamados trabalhos preparatórios...». É verdade, se a questão, se puser, como M. de Andrade a pressupunha posta, entre famílias subjetivistas versus objetivistas-históricos; tudo partidários das interpretações passadistas. Porém, o peso da verdadeira questão objetivismo-subjetivismo está algures, na maneira de considerar o tempo: para os partidários das interpretações históricas, uma sucessão de estações (legislativas) onde se veem passar os comboios; para os atualistas (histórico-evolutivos), o próprio comboio dentro do qual, das estações passadas, só viaja o que nele conseguiu entrar e está.

O ELEMENTO TELEOLÓGICO-NATUREZA- VALOR

17. — Segue-se por último, mas não em lugar de menor importância, considerar o elemento teleológico. Já a ele tivemos ocasião de nos referir variadas vezes, principalmente ao tratar dos critérios possíveis de uma unívoca interpretação. E na verdade, embora a recorrência aos fins, nos apareça, na prática da hermenêutica das leis, como um elemento a ser considerado conjuntamente com o gramatical, o lógico-sistemático e o histórico, o certo é que, fundamentalmente, se trata mais de um critério de interpretação do que de um elemento dela. Quero dizer: antes de lançar mão deste meio de aclarar o sentido das leis, devem os subjetivistas resolver se estão primacialmente interessados na vontade psicológica do legislador, ou nos fins por ele visados; e devem, da mesma maneira, os objetivistas assentar se desejam apenas conhecer a regulamentação que para o caso concreto está objetivamente prevista nas leis, ou se desejam, a:lém disso, conhecer quais os motivos e fins que o ordenamento jurídico pressupõe à sociedade, ou seja, em última análise, os valores que nela vigoram, para daí retirar o sentido da regulamentação concreta do caso, que será aquele que cumpra aqueles fins e respeite estes valores (1).

SOBRE ESTE PROBLEMA (DO VALOR DO CRITÉRIO TELEOLÓGICO)

Já tomámos a nossa posição (cfr. nota (2) a fls. 62). E como não há dúvida de que nos interessa considerá-lo poderemos agora tratá-lo metodologicamente como um elemento interpretativo. É o que passamos a fazer.

(1) Assente que nos interessa compreender pelos motivos e pelos fins, ou seja, que só entenderemos «o quê» se soubermos o «porquê», cumpre p revenir os que porventura tenham connosco aderido ao critério objetivista, contra o perigo de, à força de objetivismo, cairmos no pior subjetivismo, de nos armarmos em senhores dos fins, de nos pormos a interpretar a s normas de acordo com os nossos próprios fins, os fins que nós pressupomos ao ordenamento jurídico a que pertencem. Devemos estar lembrados que defendemos uma interpretação subjetivista paira as normas que se possam dizer atuais e que também a interpretação objetivista das normas antigas se justifica, porque é ela que devemos presumir querida pelo legislador atual. Esta posição é, por sua vez, defendida sob a condição de se reconhecer legitimidade ao legislador atual (v., atrás, página 61) — ou seja, em última análise, ao regime político-social que estamos a considerar. A verificação desta condição põe-se porém já num outro plano que não é o jurídico, mas sim o da opção ou adesão politica a que o jurista como cidadão e homem se não pode recusar, nem deve recusar-se, sob o pretexto de ser jurista. Aceite porém a legitimidade do sistema político ou social a que pertence o ordenamento jurídico que contém a norma interpretando, é aos fins prosseguidos objetivamente pelo referido sistema jurídico, que devemos reportar-nos na interpretação teleológica. Só assim respeitaremos o carácter normativo do direito, como a propósito de um problema paralelo, o do Direito Livre, dissemos a página 65.

18. — Os fins visados pelas normas — por cada norma — podem ser referenciados em planos de generalidade crescente encadeados uns nos outros desde o mais próximo e imediato até ao mais remoto. Os fins relacionam-se uns com os outros segundo a conexão generalidade-especialidade e segundo a de meio-fim, pois os mais próximos e específicos, servem de meios aos mais genéricos. Assim, por exemplo, a norma que proíbe estacionar nas curvas terá como fim mais próximo impedir que se criem obstáculos (visuais e materiais) ao trânsito nos referidos locais; este fim serve de meio à finalidade, mais geral, de

conseguir um trânsito sem atritos (materiais e pessoais) nas vias públicas, e este, por sua vez, de meio para a realização da ordem pública e assim sucessivamente até chegamos aos fins últimos (que são sempre os primeiros, como sabemos) que a sociedade prossegue.

NEM SEMPRE OS MESMOS MEIOS CONDUZEM AOS MESMOS FINS

19. -A direção seguida pelo encadeamento de fins — ou de meios-fins — não é necessariamente única; consente desvios e bifurcações. Retomando o exemplo, poderemos dizer que a ordem pública — tomada num sentido neutro de mera ausência de conflitos aparentes — pode ser, quer um meio de perpetuar a exploração de um povo por uma classe dominante que mantém uma ordem que nunca é paz, quer um meio de permitir ao povo no poder, a consolidação desse poder pela via da organização, desenvolvimento e transformação da sociedade, na senda da realização da paz social através da extinção da sociedade de classes. É por isso que, após uma revolução, ninguém se põe a revogar as normas que proíbem o estacionamento nas curvas!

UMA FALSA DICOTOMIA (OU TALVEZ NÃO)

20. — Ao fim mais próximo de uma norma, que é na verdade o motivo específico da sua existência, podemos convencionar chamar a razão de ser, a «ratio», como dizemos no antiquado «calão» jurídico. Alguns autores chamam «*ratio legis*» a qualquer dos fins que uma norma pode prosseguir, outros distinguem entre o elemento racional e o teleológico. Fala-se assim dos motivos e dos fins, não os considerando — ou esquecendo que são — elos da mesma cadeia. Os motivos seriam, não fins, mas meios de realização dos interesses; protegidos. Já vimos, porém, como todos os fins podem ser considerados, por sua vez, como meios de realizar interesses cada vez mais genéricos, e assim não achamos necessário fazer qualquer distinção substancial entre uns e outros e muito menos considerá-los apartadamente. Não deixa porém de ser exato, que os fins (1) próximos, que são meios de realização dos outros meios, têm muitas vezes, pouca ressonância social — lembre- se o exemplo dado da norma que proíbe o estacionamento nas curvas — e uma interpretação que com eles se contente parece dever considerar-se fracamente teleológica; daí que alguns autores lhe chamem, preferentemente, interpretação racional.

(1) Tal como os fins prosseguidos pelas normas, assim também os interesses tutelados se encadeiam, subindo a planos de progressiva generalidade. Esta, porém, não deve ser encarada como uma simples categoria lógica; significa mesmo que quanto mais genérico é o interesse, a maior número de pessoas interessa, mais «interesse coletivo» é.

Não é assim sempre, porém, pois normas há que vão direitas à realização de fins bastante genéricos, tutelando interesses eminentemente públicos — apontam-se, como exemplo extremo, as normas que regularam, a soberania estadual, estabelecendo quais são os seus órgãos e a competência de cada um. Não devemos no entanto deixar-nos iludir com a qualificação dada ao instituto ou ao ramo de direito em que se integram as normas. Sob a inocente classificação de direito privado regulam os Códigos Civis o

regime de propriedade, e são estas as normas que, como sabemos, mais contribuem para realizar, nos países burgueses, os fins últimos que tais sociedades prosseguem: o domínio da classe possidente e a exploração da classe trabalhadora.

NEM SEMPRE É NECESSÁRIO IR AO FIM

21. — A necessidade de nos reportarmos aos fins últimos visados pelas normas apenas raramente se fará sentir na interpretação, até porque a ordem jurídica é apenas um dos meios de realizar os fins primaciais que a sociedade prossegue. Por outro lado, já o vimos a propósito das leis de trânsito, a proteção de certos interesses específicos pode ser um meio de realização de variados e até divergentes fins, não interessando pois considerar estes para a compreensão daqueles.

A RECEITA...

22. — Na prática interpretativa o uso do elemento teleológico faz-se sempre em conflito com o elemento sistemático, e é uma indagação sobre o modo como a regulamentação da norma a interpretar se integra nos fins visados pelo instituto de que faz parte; se não houver dúvida acerca da definição destes últimos fins é evidente que não nos interessará levar mais 'longe a indagação; se tivermos dúvidas sobre os fins visados pelo instituto considerado, indagaremos sobre os visados no instituto mais genérico em que aquele se ache incluído, ou no ramo de direito em que se integra a norma, até chegarmos por ventura, se for o caso, ao ponto de nos perguntarmos que fins visa a ordem jurídica; ou seja, em última análise, o que é, para que serve o direito.

6.º

AINDA A INTERPRETAÇÃO
– RESULTADOS DA INTERPRETAÇÃO

1. — Dissemos atrás que o elemento literal era o ponto de partida e o bonito de chegada de qualquer interpretação; um ponto que não se pode assim perder de vista. A interpretação e uma navegação costeira bordejando o 'texto da lei. É por isso que falar do resultado da interpretação não e mais do que confronta-la com o texto; investigar se por acaso o intérprete não se teria aventurado no ignoto mar do ajurídico, ultrapassando assim a tarefa que, como aplicador do direito lhe compete. Confronto realmente necessário, que a nosso ver deve levar-nos apenas a formular um juízo sobre a conformidade ou desconformidade da interpretação com o referido texto.

Não o entendem porém assim a maior parte, senão a generalidade, dos autores, que usam classificar a interpretação em declarativa, extensiva e restritiva.

A INTERPRETAÇÃO PODE SER DECLARATIVA OU NÃO

2. — Declarativa é a interpretação que está de acordo com o sentido, com um dos sentidos normais do texto. Desde que o uso dos outros elementos de interpretação nos conduza a aceitar uma interpretação que já poderíamos retirar do texto sem a ajuda deles, estamos no domínio da interpretação declarativa. Nada temos a opor a esta classificação e por nossa vontade ficar-nos-íamos por aqui; a interpretação seria meramente declarativa ou não; uma interpretação não declarativa seria aquela que embora contida no texto — como tem de estar sempre o sentido dele — dele se não retira senão com a ajuda dos elementos extraliterais da interpretação.

DAS CONFUSÕES DAS SUBDIVISÕES

3. — Já a subdivisão das interpretações não declarativas, em extensivas e restritivas, nos conduz as maiores dificuldades e se revela mesmo, no nosso entender, cientificamente nociva, pelas confusões a que da lugar.

Nas considerações que se seguem tomaremos principalmente por base a chamada interpretação extensiva, advertindo que tais considerações se aplicam também a interpretação restritiva.

Interpretação extensiva seria a que força o sentido literal do preceito-legal, alargando-o. Porém o que e alargar o sentido? Podemos alinhar varias modalidades da extensão. Assim, por exemplo, sendo a dificuldade de interpretação a delimitação do sentido de um conceito, poderia chamar-se extensiva a interpretação que o tomasse no seu sentido mais amplo (um sentido que em todo o caso não fosse o sentido normal). Assim, onde a lei diz por vezes «homem» e normal interpretar género humano, de forma a abarcar também a mulher, mas já seria extensivo interpretar «,pessoa jurídica» pois são pessoas em sentido jurídico, como mais tarde aprenderemos, entidades que não são pessoas psicofisicamente individualizadas (uma sociedade comercial, por exemplo).

Doutro modo poderíamos dizer que alargar o sentido literal do preceito e interpreta-lo de tal modo que nele se venham a subsumir maior número de casos do que os contidos na interpretação gramatical. Esta forma de alargamento da interpretação nem sempre coincidira com a anterior. Assim, por exemplo, o n.º 1 do artigo 46.º do Código Penal (conjugado com o n.º 5 do artigo 44.º) diz que não serão punidos os que praticam o crime em legítima defesa contra uma «agressão ilegal...que não seja motivada por provocação». É evidente que quanto mais se alargar o sentido do conceito «provocação» mais se restringe a aplicação do artigo (haverá mais casos que não serão de legitima defesa porque a agressão sofrida pelo defendente foi por ele provocada).

Outra possível modalidade de considerar extensiva uma interpretação, seria a de qualificar assim aquela que alargasse, já não o campo de aplicação do preceito interpretando, mas sim o da norma de que ele faz parte. Também esta forma de extensão pode funcionar em relação a anterior como uma forma de restrição. Assim, por exemplo, os preceitos que preveem a legítima defesa fazem parte das normas que punem os crimes; daí que ampliar o âmbito da legítima defesa seja restringir o âmbito da punibilidade e vice-versa.

Mas não ficam por aqui as modalidades possíveis de conceber a extensão ou restrição de sentido. Alguns autores reportam-na aos grandes princípios do instituto de que faz parte a norma interpretanda. Existe por exemplo o princípio da Liberdade contratual (consignado no artigo 405.º do Código Civil); toda a interpretação que limitasse tal liberdade seria restritiva. Dentro desta ideia será restritiva toda a «interpretação extensiva» das normas imperativas (1) do Código relativas a contratos — e são muitas, talvez a maior parte — pois que quanto mais se amplia o sentido das normas que dizem como é que os contratos tem de ser, mais se limita a liberdade contratual.

(1) Diz-se imperativa a norma de direito que não pode ser afastada pela vontade privada. As outras são supletivas; destinam- se a regular na falta de manifestação da vontade das partes. É claro que todas são imperativas no sentido em que toda a norma e imperativa: ou seja, quando deva ser aplicada. As normas supletivas são aquelas que contêm nelas próprias, expressa ou tácita, a ressalva de que lhes não são subsumíveis os casos que, embora contidos na hipótese, tenham sido diferentemente regulados pelos sujeitos dos interesses que elas se destinam a proteger.

4. — Como é evidente, a possibilidade de classificar a interpretação como extensiva ou restritiva com base em diferentes pontos de referência, não será prejudicial se houver o cuidado de indicar o ponto de referência tomado, ou então se houvesse possibilidade de impor um ponto de referência único. A maior parte dos autores parecem não sentir disso qualquer necessidade, limitando-se a definir interpretação extensiva como aquela a que se chega quando a lei (ou o legislador) diz menos do que aquilo que deve (ou quer), fórmula na realidade, como ressalta das considerações anteriores, comp1etamente vazia de sentido. A nossa opinião e a de que devemos evitar tais qualificações mas quando, de todo em todo, for impossível — note.se que a própria lei as emprega (Cfr. artigo 11.º do Código Civil) — devemos usá-las como referidas no âmbito do preceito legal interpretando — pois que, já vimos, e esta a unidade de sentido que na prática se apresenta ao intérprete para dilucidar.

7.º

DA ORIGEM OU FONTE DA INTERPRETACAO

1. — Quanto a origem ou fonte de onde provem, a interpretação pode classificar-se de legal, jurisprudencial e doutrinária. Legal é a que provém de qualquer opção legislativa atuando como tal. O legislador, perante interpretações díspares, ou mesmo no caso de se ter fixado uma interpretação que lhe desregrada, intervém para tentar fixar a interpretação. Dizemos tentar porque, é evidente, tal intervenção não dispensa a tarefa interpretativa ao aplicador da lei. Na maior parte dos casos, porém, facilita-a, visto que o legislador, geralmente acolhe uma interpretação já amplamente discutida, estudada e esclarecida.

Jurisprudencial é a interpretação feita pelos tribunais na sua missão de aplicadores do direito.

Doutrinária é a interpretação feita pelos jurisconsultos, pelos estudiosos da ciência jurídica. Também ela nos interessa, pois que, embora o jurisconsulto não seja, como tal aplicador do direito, os seus estudos, quando versam sobre a interpretação do direito objetivo, são em regra efetuados com o espírito do aplicador do direito; quero dizer: o jurisconsulto faz a interpretação como se ela fosse para ser aplicada a um caso concreto e até por vezes analisando e criticando a interpretação jurisprudencial.

8.º

DO VALOR

1. — Convém que articulemos a classificação do modo de ser interpretativo baseada na fonte, com uma outra: a que atende ao valor da interpretação.

Assim, podemos dizer que a interpretação doutrinal tem valor meramente consultivo; esse valor será pouco, muito ou mesmo nenhum conforme a autoridade científica de que desfrute o seu autor. Em certos casos, influencia não só as interpretações jurisprudenciais, mas também a atividade legislativa, pois o jurisconsulto, ao interpretar, revela os defeitos das leis e geralmente propõe as correções necessárias.

A interpretação jurisprudencial tem valor vinculativo no caso concreto. Dela retira a interprete-julgador, como já sabemos, o comando concreto e atual, necessário para regulamentar o caso. Podemos pois classificar de imperativa. Convém porém advertir que nem sempre essa imperatividade e definitiva. Como se sabe algumas (muitas) decisões estão sujeitas a recurso e assim a interpretação está sujeita a ser revogada (com a decisão dela consequente) pelas instâncias superiores. Transitada a questão em julgado — o que significa que já não admite recurso — a imperatividade da interpretação consolida-se; o sentido da norma interpretada e então o sentido da lei para aquele caso concreto.

O valor da interpretação de fonte legal e ainda maior. A norma interpretativa passa a fazer um corpo com a norma-interpretativa é assim e aplicável a todos os casos que nela forem subsumíveis. Isto significa que se toma obrigatório para os aplicadores das leis, atender à interpretação feita por via legal. É aquilo a que se chama uma interpretação autêntica. Não admira que assim seja: uma norma interpretativa é interpretação mas principalmente norma.

Alguns sistemas jurídicos dão força de interpretação autêntica à interpretação jurisprudencial. É o que acontece em termos que lhe são próprios com o sistema jurídico inglês. Também os sistemas jurídicos de feição romanista — como é ainda o nosso — atribuem por vezes o mesmo valor a interpretação jurisprudencial dos mais altos tribunais, em determinadas circunstâncias. A razão de ser desde fenómeno é tentar obter uma certa uniformidade nas decisões judiciais e assim contribuir para a certeza do Direito. Neste caso, a decisão deve tomar a configuração lógico-formal atrás descrita a fim de poder circular como norma para o futuro (v. o artigo 2.º do Código Civil).

9.º

A INTERPRETACÃO NO DIREITO POSITIVO

1. — Consideremos, por fim, a interpretação das leis à luz do ordenamento jurídico em vigor.

É no Código Civil que encontramos um preceito legal que pretende ser a regulamentação genérica da tarefa de interpretar as leis. Tal preceito é o artigo 9.º do Código — completado pelo n.º 3.º do artigo 8.º a que adiante faremos referência.

Como este artigo 9.º não se limita a tentar estabelecer um critério de interpretação unívoca, — a assinalar-nos uma meta para a interpretação — mas pretende regular até à metodologia hermenêutica, importa analisar a legitimidade do legislador para o fazer.

IMPERATIVOS NÃO CATEGÓRICOS – HIPOTÉTICOS

2. — Parece evidente que o legislador cometeu um grosseiro erro filosófico-jurídico, ao introduzir num sistema de normas de caráter categórico, isto e, no mundo do dever-ser que e o Direito objetivo, as regras que constituem o sistema de aplicação correta das referidas normas, a técnica da sua utilização — em termos kantianos, imperativos hipotéticos —. Erro que corresponde a qualquer coisa como chamar «Física» à «Construção Naval» só porque está técnica aplica, de modo empírico ou cientificamente, o Principio de Arquimedes.

NEM COERCÍVEIS

3. — Desta lamentável confusão gnoseológica poderão resultar outras, ainda mais lamentáveis, confusões no domínio da pragmática jurídica, como seja o de se imaginar que possam estar previstas sanções para o incumprimento destas regras técnicas que aparecem ao intérprete do direito — tantas vezes desprevenido — embrulhadas em papel jurídico-normativo. Não faltará por isso quem suponha que ao aplicador do direito, relapso às regras de interpretação oficializadas, está reservado o castigo de ver revogadas, por ilegais, as suas decisões. Mas não; se de uma má interpretação sair uma má sentença, será a norma interpretada, e não a norma interpretadora, a ofendida. Se o intérprete, por má interpretação, atribuir a uma norma o sentido que ela não tem, é evidente que violou a norma interpretada ou, ainda melhor, não a aplicou, e da violação do dever de aplicar o direito previsto ao caso concreto é que resultará a sanção de ilegalidade da decisão.

Por outro lado se o aplicador intérprete, negligente ou ignorante das regras de interpretação, acertar por acaso ou «instinto» na situação correta, nem por isso verá a sua decisão revogada por violação das regras interpretativas, ainda que se saiba de ciência certa que as desprezou. Imagine- se o absurdo de ver um tribunal de recurso decidir que: «Embora na sentença recorrida se tenha feito uma aplicação correta da norma jurídica aplicável ao caso, revogamos a decisão pois se conclui, com segurança, do relatório, que o Sr. Juiz interpretou a referida norma cingindo- se a letra da lei e por isso desrespeitou o artigo 9.º do Código Civil».

ENFIM, NÃO JURÍDICAS

4. — A tentativa de transformar a hermenêutica em Direito-objetivo depara por outro lado, com obstáculos lógicos dificilmente transponíveis. Assim seria licito perguntar uma vez que a interpretação das normas jurídicas esta juridicamente regulamentada, quais são as regras jurídicas para interpretar as normas interpretativas?, onde está o preceito legal que nos permitira interpretar o artigo 9.º do Código Civil? E se, para interpretar este artigo, podemos lançar mão da hermenêutica jurídica (podemos?), disciplina que pertence ao jurisconsulto elaborar e não ao legislador comandar, por que é que tal é lícito para esta «norma jurídica» e não para as outras? Não se caia na tentação de julgar, por resposta, que, como a técnica da interpretação tem vindo a ser elaborada há tantos séculos e por espíritos tão esclarecidos, as proposições que exprimem as suas regras estão tão clarificadas que, praticamente, não precisam de interpretação do artigo 9.º do Código Civil, podemos nós dizer que mestres incontestados ao tempo da sua elaboração, lhe atribuíam sentidos diametralmente opostos. Leiam-se e meditem-se, a título de exemplo, estes dois saborosos comentários:

> «Resumindo, embora sem grande rigor, o pensamento geral desta disposição, pode dizer-se que o sentido decisivo da lei coincidirá com a vontade real do legislador, sempre que esta seja clara e inequivocamente demonstrada através do texto legal do relatório do diploma ou dos próprios trabalhos preparatórios da lei». (P. de Lima e A. Varela — Cód. Civil Anotado, Coimbra, 1967, pág. 16).
>
> «A orientação objetiva-atualista a que, por razões expostas, aderimos, parece ser também a que deve seguir-se ante o que dispõe o art.º 9.º do Código Civil».
>
> «A orientação que naturalmente flui do teor do n.º 1 do art.º 9.º do C. Civil é claramente, uma orientação atualista e daí também, uma orientação objetivista». (J. Dias Marques. «Introdução ao Estudo do Direito», Lisboa, 1970, pág. 298-299).

Com outra, não menor, dificuldade lógica se depara ainda pelo facto de se encontrarem na lei as regras da sua própria interpretação. É a seguinte:

Independentemente da relevância que se de ao pensamento e a vontade do legislador, um texto legal e expressão de um pensamento e traduz uma manifestação de vontade regulamentadora. Daí que o legislador esteja logicamente impedido de consagrar uma interpretação objetivista das suas leis, pois se o fizer, o sentido de tal regulamentação será nada mais, nada menos, do que este absurdo: «quero» que a minha vontade não seja relevante (1).

(1) Cfr. K. Engisch, ob. cit., pag. 147.

Este argumento não se opõe a consagração constitucional de um critério interpretativo, pois a Constituição comanda a própria atividade legislativa, e nada obsta assim a que limite, consagrando a interpretação objetivista, a relevância da vontade do legislador ordinário.

O VALOR DAS NORMAS INTERPRETATIVAS DEPENDE DO SEU ACERTO

5. — Prevenidos que estamos contra a tentação de considerar jurídicas as normas interpretativas, convém analisar o valor que devemos atribuir-lhes. Como regras da técnica hermenêutica que são, este valor será maior ou menor conforme tenham ou não recolhido os ensinamentos da ciência jurídica neste campo. Há pois que compará-las com a boa doutrina.

A TÉCNICA JURÍDICA PRESSUPÕE ESCOLHAS...

6. — Convém no entanto advertir que não devemos levar demasiado 'longe a analogia entre as regras técnicas que se aplicam as ciências da natureza e as técnicas da aplicação do direito. Na verdade estas dependem, numa margem substancial de escolhas prévias, que, por serem escolhas, não podem ser determinadas cientificamente. Refiro-me evidentemente a toda a problemática da meta para a interpretação.

QUE DEPENDEM DA EXTENSAO E SIGNIFICADO DO PODER LEGISLATIVO

7. -Ainda que certas escolhas extremistas pareçam ir contra a própria natureza do direito (1), a meta para a interpretação depende em grande parte do significado e da extensão que a lei fundamental der ao poder legislativo. Daí que tenhamos considerado de primordial relevância o preceito constitucional que regula esta matéria. Daí também que seja especialmente neste campo, o das metas para a interpretação, que não devamos atribuir valor a um preceito emanado do legislador ordinário, ao qual falece competência para determinar a sua própria competência.

(1) Seria pelo menos paradoxal, ver consagrada a teoria do Direito Livre.

UMA REGULAMENTAÇÃO PROPOSITADAMENTE EQUÍVOCA!

8. — De resto, pouca sorte teríamos se tivéssemos de lançar mão do artigo 9.º do Código Civil para tomar uma decisão nesta matéria pois, como vimos, presta-se ele as mais contraditórias interpretações. Não admira que assim seja dado que o legislador, incapaz de se calar como já vimos que devia, pretendeu ser propositadamente equívoco (2). É o que se verifica na expressão que refere o «pensamento legislativo» que é evidentemente uma fuga à consagração do subjetivismo (3) — caso em que se falaria do «pensamento do legislador» — mas também se não decide pela doutrina objetivista, caso em que falaria, com igual impropriedade aliás, no «pensamento da lei» ou seria utilizada outra das bem conhecidas formulas em que a doutrina objetivista costuma ser condensada: «Sentido objetivo das normas» ou semelhante.

(2) Chamar a este tipo de política legislativa «discrição», como fez um dos mentores do Código — o então Ministro da Justiça de Portugal —, é o cúmulo do gosto pelo paradoxo ou, talvez, pela autoironia.

(3) Não obstante, o n.º 3 do Artigo estabelece uma presunção (nos casos de dúvida certamente) para o pensamento do Legislador; o que se não sabe bem é para que serve a presunção, visto que a lei não manda em parte alguma atender ao pensamento do legislador.

O NÚMERO DOIS DO ARTIGO NONO RENDE-SE À NATUREZA FORMAL DA FONTE-LEI

9. -Aproveitável nesta matéria, apenas nos parece o n.º 2, que consagra o objetivismo no mínimo exigido pela natureza formal da nossa fonte de direito, «proibindo» interpretações que não encontrem no texto um mínimo de apoio.

OS ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO NA LEI

10. — Encontramos no preceito uma referência a todos os elementos interpretativos atrás estudados. Assim se refere o elemento gramatical como ponto de partida da interpretação: «A partir dos textos»; o emprego desta ultima palavra no plural e uma sugestão no sentido da interpretação sistemática reforçada com a recomendação de ter em conta a unidade do sistema jurídico. Os elementos históricos: «Circunstâncias do tempo em que a lei foi elaborada» com os atualistas: «Condições específicas do tempo em que é (a lei) aplicada» são considerados a par e numa perspetiva estática, mutilante, pois só se admitem dois momentos em que as circunstâncias do tempo devem intervir no processo interpretativo, quando certo e que devemos considerar significante toda a evolução das circunstâncias a que a lei assistiu, fazendo aquilo a que chamamos uma interpretação histórico-evolutiva.

INJUSTA IRRELEVÂNCIA DADA AO CRITÉRIO-ELEMENTO TELEOLÓGICO

11. — Do critério-elemento teleológico e que só encontramos nesta disposição da lei ligeiros vestígios. E talvez lícito concluir que a presunção estabelecida no n.º 3.º do artigo 9.º — «o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» — se refere ao acerto e a adequação em relação aos fins a atingir com as normas; mas, por outro lado, o facto de tal critério funcionar apenas em caso de dúvida — como presunção que é — pode levar a concluir que a legislador do Código aceitou, embora indiretamente, que deve prevalecer, sendo conhecido, o pensamento do legislador, a sua vontade psicológica. Aceitar isto como norma, seria a consagração do subjetivismo mais retrógrado.

UM PRECEITO DESLOCADO E EXAGERADO...

12. — Um tanto deslocado no contexto da lei, também o n.º 3 do artigo 8.º do Código se refere a interpretação. Nele se «manda» ao julgador que, ao decidir, tenha em consideração «todos» os casos que mereçam tratamento análogo; assim se supõem os humanos juízes portadores da vera verdadeira omnisciência; nada menos do que todos os casos análogos — julgamos que os passados e os vindouros — eles devem ter presentes e em consideração, para que assim se consiga uma aplicação uniforme do direito.

COM BOAS INTENÇÕES

13. — A aplicação uniforme do direito e uma meta verdadeiramente desejável; atingida ela, o direito cumpriria uma das suas mais importantes finalidades, a certeza; alguns sistemas jurídicos intentam atingir esta meta por meios mais eficazes, o principal dos quais e a relevância ou mesmo a obrigatoriedade dos «precedentes» (1).

O meio que o legislador civil propõe aos nossos julgadores e simplesmente impossível. Julgamos que o verdadeiro pensamento do legislador — e referimo-nos agora a ele vista que, como atras dissemos, não reconhecemos a estas normas carácter imperativo e por isso não estamos a interpretá-las como se de normas jurídicas se tratasse — e indicar ao julgador, no uso do elemento sistemático, o método ou argumento chamado dos lugares paralelos que, como atrás assinalamos, e aquele segundo o qual se esclarece a estatuição de uma disposição legal utilizando outra — ou outras — disposição cuja hipótese seja análoga mas de estatuição mais explicita (2).

Não há dúvida de que o uso sistemático deste método ajudará o julgador a respeitar a coerência do sistema, a atingir a desejada uniformidade na aplicação do direito, e principalmente a evitar a tendência para resolver pela equidade. O que este método não garantirá é a almejada uniformização jurisprudencial de julgador para julgador (3).

(1) Diz-se que existe um precedente quando o mesmo problema de direito já foi objeto de uma decisão anterior.

Na União Soviética, o Tribunal Supremo e competente para «emanar diretivas que se tomam obrigatórias para todas as jurisdições da U. R. S. S. e que fixam a interpretação que convém dar à lei ou a solução de certos problemas de direito que podem surgir no futuro». Cfr. Jacques Bellon — «O Direito Soviético», Livraria Almedina, Coimbra, 1975, pág. 167. Igual sistema já vigora em Moçambique na Jurisdição do trabalho, competindo à Comissão Nacional do Trabalho «definir orientações que serão obrigatórias para as demais Comissões e os critérios firmados nas suas decisões terão também caracter obrigatório» -Artigo 23 do Dec. n.º 14/75.

(2) Se não erramos na interpretação deste preceito é caso para dizer que o julgador soube exprimir o seu pensamento nos termos menos adequados.

(3) É no entanto possível uma interpretação do preceito segundo a qual se pretendeu com ele chamar a atenção do julgador para os precedentes. Será o caso de entender os «casos» como sendo (também) os julgados. Obstáculo a esta interpretação é o verbo seguinte, no presente: «mereçam». Tratar-se-ia de uma concordância mental na medida em que, o julgador-intérprete, tem presente o caso que «merece» tratamento análogo ao que outros casos mereceram. Se assim é, caso é para dizer que já se confirmou inteiramente, pela prática, a não imperatividade desta norma. Na

verdade provem ela do antigo Estatuto Judiciário (Artigo 240.º) e jamais se viu que tivesse impedido as mais desencontradas interpretações e decisões, não 66 de tribunal para tribunal mas até de decisão para decisão nos mesmos tribunais, ainda os de mais elevada hierarquia.

10.º

INTEGRAÇÃO

UM COMANDO PARA ENTENDER EM TERMOS HÁBEIS

1. — O n.º 1 do art.º 8.º do Cód. Civil proíbe ao juiz abster-se de julgar invocando — entre outros pretextos possíveis — a falta da lei. Devia ser proibido proibir assim. Se Simplicius Simplicissimus se apresentar no Tribunal reclamando do Sol que cumpra a sua obrigação de lhe fornecer umas quantas calorias diárias, especificando o montante das em que se encontra em debito desde que começou o Inverno, é claro que o juiz pode, deve e tem de abster-se de julgar invocando a inexistência de lei que regule o comportamento dos astros. Da mesma maneira, se a Senhora Pretensiosa Presunçosa se apresentasse a reclamar indemnização do seu vizinho em virtude de ele violar sistematicamente o dever de lhe ceder o lugar no autocarro e de lhe dar precedência nas passagens estreitas. Neste caso o juiz poderia, certamente, obedecer à letra ao preceito legal e mandar prosseguir pacientemente o processo, para, afinal, concluir que, segundo a lei, a Senhora Presunçosa não tinha direito a indemnização alguma. Incorreta maneira de resolver a questão seria esta, desatenta do interesse da coletividade que é quem, no fim, paga o custo do funcionamento da máquina judicial (1).

(1) A solução correta seria indeferir liminarmente (à entrada) a petição, nos termos do Artigo 474.º, 1. c.) do Código de Processo Civil (manifesta improcedência do pedido). O preceito processual não seria invocado para resolver a questão — que era o direito a indemnização — mas sim para justificar a recusa de resolvê-la com o fundamento de que as normas jurídicas não regulam as chamadas relações de cortesia entre as pessoas de onde a manifesta improcedência da pretensão de ser o caso juridicamente tutelado.

ESTES ...

2. — Que quererá então dizer na sua o preceito comentado do Código Civil? Apenas que por falta da lei não pode o juiz abster-se de julgar um caso que deve ser juridicamente solucionado.

MAS SERÁ POSSÍVEL?

3. — Objetam aqui alguns autores (Cfr. por todos Kaufmann, «Wesen der Völkerrechts », página 49, citado por Ph. Heck «interpretação da lei e jurisprudência dos interesses», Arménio Amado — Editora — Coimbra, 1974, pagina 167) que tal situação não é possível por contraditória. O argumento consiste em fazer notar que o que deve ser juridicamente regulado se determina exatamente pelo que está regulado na lei; que não é direito o que lá não se encontra regulado (1). Este argumento não chega a impressionar a quem, como nós, lida com uma lei que manda ela mesma que seja juridicamente regulado o que nela o não for, e nos da mesmo instruções sobre o como e que, então, se faz (Artigo 10.º do C. Civil).

(1) Lembremos que estamos a considerar um sistema jurídico cuja única fonte é a lei.

SIM, É NECESSÁRIO

4. — Ainda porém que assim não fosse, sempre encontraríamos no sistema jurídico o incentivo para não deixar sem solução concreta certos casos da vida insubsumíveis em qualquer das hipóteses nele — sistema jurídico — previstas. É que (estamos sempre a repeti-lo) a regulamentação jurídica integra-se num projeto sobre o comportamento desejável para a obtenção dos fins e a realização dos valores que o sistema propõe à sociedade em que vigora; ora é exatamente a obtenção desses mesmos fins e a realização dos correspondentes valores, que impõe, por vezes, que não deixem de ser solucionados, com a forma que é própria do direito, certos casos que, não obstante, por erro ou impossibilidade, não estão previstos; Engisch fala então aqui de incompletude insatisfatória no sistema jurídico; são as lacunas do direito.

UMA IMAGEM EXPRESSIV A

5. — Não resistimos à tentação de apresentar a clássica imagem da estacaria incompleta. Se o direito fosse comparável a um molho de estacas adrede colocadas sem direção nem finalidade, não seria certamente possível detetar ali alguma falha; mas o Direito assemelha-se a uma vedação cuja finalidade é delimitar um certo «terreno» e quando lhe faltam algumas estacas, logo essa falta é notada, não só, nem principalmente, pela quebra na harmonia no sistema — visto que uma estacaria pode estar completa ainda que irregularmente espaçada — mas principalmente quando tal quebra corresponda a um enfraquecimento na eficácia com que a vedação cumpre a sua finalidade. O exemplo do aparelho dentário parece mais apropriado pois aqui não há que por em dúvida sobre a existência ou inexistência de falta, sendo sempre possível dizer com certeza se o sistema dentário está completo ou incompleto; na verdade é um exemplo inadequado, que prova demais; a dentição é um conjunto natural, um dado não posto pelo homem, ao contrário do direito e da estacaria; por isso não será necessário apelar para as finalidades para descobrir a falha de um dente e a falta existirá ainda que não faça falta nenhuma; já no direito só quando faz falta é que se nota a falta da norma.

A PLENITUDE LÓGICA

6. — Outra objeção que comumente se fazia a ideia da existência de lacunas no direito, provinha da chamada teoria da «plenitude lógica do sistema jurídico», segundo a qual todos os casos nascidos das necessidades da convivência social encontrariam no sistema jurídico uma resposta por via da aplicação dos princípios gerais contidos no ordenamento, de que as normas realmente existentes nos diplomas legais seriam apenas os afloramentos ou exemplos. Não é difícil encontrar nesta teoria o dedo da escola racionalista do direito natural. Já sabemos como falhou lamentavelmente a tentativa de se chegar a um acordo sobre esses famosos princípios de direito que estariam inscritos em caracteres etemos e dourados, na mente do homem. Existe porém uma versão modernizada desta teoria, a qual faz apelo,

não aos princípios gerais do direito, mas aos fins que o ordenamento jurídico prossegue. Conforme nota Heck (Ofr: Ob. cit., página 173 e segs.), a questão posta assim não passa de um problema terminológico. Se considerarmos o direito como sendo o encadeado de meios-fins que no ordenamento jurídico se contem com as correspondentes valorações resultantes (1), então é claro que não há propriamente lacunas no direito, pois (a existência, no sistema jurídico, dos fins a realizar, que nos revela a necessidade de regulamentação como atrás fizemos notar. A noção de lacuna de direito pressupõe que estamos a chamar Direito ao conjunto de normas diretivas e empiricamente existentes, as quais podem, e evidente, ser insuficientes para realizar — ou realizar cabalmente — os fins que se propõem.

(1) Heck fala em «todas as ideias de dever jurídico».

Mesmo que adotássemos aquela ampla noção de Direito, sempre teríamos de resolver o problema muito concreto da insuficiência das normas efetivamente formuladas.

DELIMITANDO O CONCEITO E O PROBLEMA - A AUTONOMIA PRIVADA

7. — Ultrapassada a questão teórica que a própria existência das lacunas suscita, convém agora delimitar o conceito e o problema, a fim de nos debruarmos apenas sobre o processo da colmatagem de um certo tipo restrito de faltas de regulamentação que são propriamente as lacunas, processo a que se da especificamente, a designação de integração. Na verdade, nem todas as faltas de regulamentação dos comportamentos humanos, que segundo os fins pressupostos a ordem jurídica devem ser juridicamente regulados, podem ser considerados lacunas e por isso encontramos no sistema jurídico métodos de solução diferente daquele que nos propomos agora estudar. Assim acontece no vasto campo em que o direito positivo reconhece o exercício da autonomia privada, ou seja, da autorregulamentação dos interesses. E um domínio em que o direito positivo comanda no sentido de que a atividade humana se deve desenvolver segundo uma ordem normativa, mas, em vez de formular ele próprio os comandos hipotéticos reguladores, deixa tal tarefa aos próprios interessados, reservando-se apenas a missão de estabelecer os limites e garantir a abstração. Ilustraremos com um exemplo:

Não se encontra completamente regulamentada no direito positivo a forma como as pessoas se devem comportar quando desejem «transmitir a propriedade de uma coisa, mediante um preço» ou seja, desejem vender a coisa (v. artigo 874.º do Código Civil). No entanto encontramos algumas disposições que estabelecem os limites dentro dos quais tal atividade humana pode desenvolver-se — é o caso, por exemplo, dos artigos 875.º a 877.º; e encontramos outras que se destinam a regulamentar na hipótese de não ser utilizada a autorização legal de autorregulamentação — e o caso do artigo 878.º. Os artigos 405.º e 406.º garantem a abstração no sentido de que, sendo eles próprios abstratos, quem quer que, utilizando-os, contraté, fica juridicamente vinculado. Queremos dizer: embora a regulamentação dos contratos vincule os contraentes — quem, e só quem, contrata —, como o poder de autorregulação e dado genericamente, e não a pessoas determinadas, a realização dos contratos funciona como pressuposto da aplicação da regra abstrata que vincula juridicamente ao respetivo cumprimento. Toda a jurisdicidade das normas autorreguladoras assenta pois, na norma jurídica que permite a autorregulação.

Nas matérias em que este princípio domina, os fins do direito não se encontram pois especificamente determinados; o direito propõe-se adotar, fazer seus, os fins que os titulares dos interesses tiverem em vista, com importante ressalva de que tais fins não ofendam os que o ordenamento jurídico especificamente se propõe.

Ao julgador, no momento da aplicação do direito, o uso do poder de autorregulação não aparece como integração de lacunas que a lei permitisse aos interessados, tão-só porque a autorregulação é concebida como sendo a regra em determinadas matérias — nas relações jurídicas de fonte negocial — é a regulamentação imperativa por via legal, é considerada exceção. O que poderá pois acontecer é que a autorregulação se apresente ela própria como lacunosa, esperando-se nessa altura uma regra supletiva no direito positivo, que também pode faltar. Só então se porá o problema da integração do negócio jurídico — questão cuja solução obedece a critérios próprios, nos quais domina, como não poderia deixar de ser, a ideia de que o fim que o ordenamento jurídico adota nesta matéria e a realização dos fins próprios dos interessados (Cfr. artigo 239.º do Código Civil).

NORMAS ABERTAS A RECEPÇÃO MATERIAL

8. — Relativamente próxima desta realidade é aquela outra em que as normas jurídicas, abstendo-se de regulamentar, declaram aceitar a regulamentação, não já da vontade dos interessados, mas de outras ordens normativas, tais como o costume; é o caso que já atrás definimos como de receção material (1). A inexistência de norma e aqui menos visível; na verdade, em qualquer altura, mesmo que não exista caso concreto a regular, podemos, hipoteticamente, preencher a norma em aberto. Raramente se poderá dizer, no entanto, que tudo se passa como se a regulamentação estivesse lá. Se a norma foi deixada em aberto é porque se deseja que o conteúdo possa ser variável, conforme a ocorrência de certos pressupostos da sua aplicação a pôr pelos interessados, de forma que o conteúdo está também de certa maneira dependente da sua vontade. O certo e que não podem eles escolher um conteúdo qualquer entre certos limites, mas apenas alguns conteúdos determinados — ou tão-só determináveis, mas em todo o caso concebidos como pré-existentes a sua vontade. É o caso por exemplo, das normas que remetem para os usos da terra em que se realiza um certo ato jurídico.

(1) A autorização dada a outra ordem normativa para regulamentar não é genérica, como a concedida para autorregulamentação dos interesses privados; se o fosse, tratar-se-ia antes da admissão de outra fonte de direito e não haveria falta de regulamentação. A autorização é específica, permitindo ao corpo de normas integrantes, regular um aspeto, a maior parte das vezes secundário, de uma dada situação jurídica. Geralmente a hipótese encontra-se no preceito legal e só a estatuição carece de ser preenchida.

Os interessados, podendo normalmente escolher a terra em que vão realizar o ato, e, desta maneira, a regulamentação, não podem conseguir uma regulamentação que não corresponda a nenhum costume conhecido (1). Ao aplicador do direito não se apresenta pois, neste caso, a situação de falta de norma mas apenas a de ter de determinar o seu conteúdo — mais geralmente: parte dele — o que, sem dúvida, não será uma simples tarefa de interpretação mas sim a mais difícil tarefa de primeiramente formulá-lo, pois esse conteúdo não terá normalmente uma formulação verbal já fixada, embora seja, de

qualquer maneira, sempre um conteúdo empiricamente existente.

(1) A não ser, e claro, que a norma seja meramente supletiva, como será o caso mais vulgar deste tipo de normas. Então os interessados poderão autorregular nos termos anteriormente vistos. A necessidade de preencher a norma em aberto só surgira se os interessados não usarem esta faculdade.

LACUNAS PLANEADAS

9. — Muito diferente das hipóteses já consideradas e uma falta de regulamentação aparente que pode ser notada em certas zonas do sistema jurídico, estando porém prevista uma consequência genérica para a inexistência da norma. É o que acontece nomeadamente no direito Criminal no domínio das normas que caracterizam os crimes. Como se sabe o que não está previsto no direito criminal como punível deve considerar-se como não ilícito criminal (2). Outro exemplo se verifica nos casos em que a lei enumera um certo numero de hipóteses em que se verifica uma dada consequência, devendo entender-se que a quaisquer outros casos não e aplicável essa consequência. Verifica-se também nas normas que admitem exceções, devendo considerar- se incluídos na regra os casos que não são excecionados. É a este fenómeno que Engisch dá a designação de lacuna planeada.

(2) Na verdade, é até lícito teorizar o direito criminal objetivo não como aquilo que parece ser -, um rol de proibições - , mas como um conjunto de normas jurídicas que permite tudo o que ali não se acha proibido. Assim, as faltas de regulamentação neste ramo do Direito não seriam o domínio do ajurídico criminal como geralmente se pensa, mais, propriamente, o domínio do juridicamente permitido; seria mais conforme a visão do direito como um conjunto de normas que regulam o que se deve fazer e não o que se não deve fazer. A técnica de regulamentar negativamente seria tão só uma necessidade pragmática já que sendo regra o permitido e exceção o proibido, e possível determinar este e seria impossível especificar aquele. A verdadeira norma seria: podes (é permitido) conviver de todas as maneiras imagináveis desde que não mates, não furtes, não difames, etc., etc., o que se encontra na lei sob a forma: não podes (é proibido) matar, furtar, difamar, etc., etc.

A PROIBIÇÃO DE INTEGRAR EQUIPARA LACUNAS VERDADEIRAS A LACUNAS PLANEADAS

10. — Na verdade, planeadas — conforme ao plano — apenas se poderão dizer as faltas de regulamentação cuja consequência prevista — para a falta — esteja integrada na realização dos fins que o ordenamento jurídico se propõe. Assim, o não ser punível passear no nosso quarto, ainda que com os mais maléficos pensamentos, ou matar um animal doméstico que nos pertence.

A interpretação teleológica das normas existentes pode porém levar-nos a concluir que a consequência positiva para a falta não foi querida para uma hipótese que, embora falte, falta porque não foi prevista e não porque se desejasse aplicar-lhe tal consequência. É assim pelo menos discutível que certos casos mais graves da chamada «crueldade mental» possam ter sido previstos e queridos como comportamentos impuníveis criminalmente, embora na verdade o sejam. Nestes casos haveria que saber se, embora prevista a consequência da falta, é possível deixar de aplicá-la e considerar a falta de regulamentação, uma verdadeira lacuna. É o conhecido problema de saber se uma determinada

enumeração de hipóteses deve ser considerada taxativa — o que se resolve pela interpretação da norma — ou de saber se a um determinado caso, embora não excecionado, deve ser aplicada a regra, questão esta a que, em breve, voltaremos. No vasto e importante domínio das normas incriminadoras o problema encontra- se resolvido expressamente pelo princípio de que não há crime sem norma; donde que e pragmaticamente ocioso perguntar se uma determinada não incriminação deve ser considerada como planeada ou uma verdadeira lacuna (1); é proibido integrar. Esta proibição representa uma escolha do ordenamento jurídico entre a realização incompleta dos seus fins e uma integração que comportaria, em alto grau, o risco de violentá-los em matéria em que o legislador e especialmente zeloso da exclusividade da sua competência valorativa — por a considerar de primacial interesse coletivo, do qual ele se pressupõe o único intérprete qualificado.

(1) Exceto, é claro, quando se deseje influenciar a alteração da lei ou se esteja exatamente a apreciar o ordenamento jurídico com esse fim.

NORMAS PREENCHIDAS COM CONCEITOS INDETERMINADOS E PODER DISCRICIONÁRIO

11. — No polo oposto da proibição de integrar estão aqueles casos de normas em aberto em que os preceitos remetem a regulamentação, não para conteúdos que se pressupõem já existentes, mas para conteúdos a formar no momento da aplicação segundo indicações que consignam uma competência reguladora ao intérprete-aplicador, variável quantitativamente desde um simples «afrouxamento planeado de vinculação legal» (Engisch, ob. cit., pagina 227) — caso da subordinação do julgador aos chamados conceitos normativos indeterminados (o hem publico, a moral publica, o pudor, etc.) até a uma autêntica permissão para preencher o vazio legal à vontade, concedendo ao aplicador do direito um autêntico poder discricionário, casos que são de verdadeiras lacunas voluntárias e que, só por isso, não estão sujeitas ao método de preenchimento previsto para o tipo especifico de lacunas que agora e objeto das nossas preocupações (1).

(1) Existe principalmente no Direito Administrativo, matéria em que, algumas vezes, o legislador entende não ser possível determinar abstratamente a regulamentação adequada.

FINALMENTE AS LACUNAS VERDADEIRAS

12. — Chegamos assim por aproximações sucessivas ao verdadeiro objeto do nosso estudo, que e o do método de preenchimento daquelas faltas de regulamentação que representam na verdade lacunas imprevistas, sendo pois autênticas «deficiências» do ordenamento jurídico — nem uma autorização para autorregular, nem uma técnica normativa, como é o caso da regulamentação planeada e das normas em aberto a receção material, nem um afrouxamento da tarefa reguladora, nem uma abstenção voluntária de cumpri-la.

Não porque tenha qualquer interesse na forma como esta prevista a sua colmatagem, mas apenas

porque ajuda a precisar a realidade, devemos dizer que as lacunas podem ser primárias ou secundárias.

As primárias são aquelas em que a imprevisão é um verdadeiro erro do legislador — que poderia ter previsto a situação a regular e a não previu (ou mesmo previu mas procedeu como se não tivesse previsto; vá-se lá saber!) e as segundas correspondentes a situações, ou aspetos delas, que o legislador não poderia ter previsto, pois que são completamente novas — o exemplo clássico e o das situações devidas a progressos técnicos — (a descoberta da eletricidade, a cirurgia das transplantações, etc.). Embora as lacunas verdadeiras sejam, por definição, imprevistas, o ordenamento jurídico pode prever que elas existam (1) e providenciar sobre a forma de colmatá-las. E prevê.

A ANALOGIA — ESQUEMA LÓGICO-FORMAL

13. — No artigo 10.º do Código Civil. Ordena ele, no n.º 1, que se regulem as lacunas — «casos que a lei não preveja» — segundo «a norma aplicável aos casos análogos». Já tivemos ocasião de nos referir ao argumento analógico a propósito da interpretação das leis. Vamos agora aprofundar o estudo do processo, pois e na integração que ele constitui o modo, por excelência, de ajuizar. Apreciado segundo a lógica formal, o processo analógico e um duplo raciocínio; começa por uma indução — formulação de um conceito a partir de um particular — e termina por uma dedução a partir do conceito construído para o caso particular. Segundo este esquema, tratar-se-ia de tomar o caso a regular conjuntamente com a previsão (2) — os casos nela contidos — do preceito que se supõe analogicamente aplicável, e tentar formular por indução uma hipótese mais ampla — já que abrangeria também o caso não previsto — . Se tal tentativa desse resultado estaria justificada por dedução — o que convém ao universal convém ao particular nele contido — a aplicação da estatuição da norma ao caso omisso.

(1) Não há nada de contraditório nisto; contraditório seria que previsse quais as lacunas, que existem.

(2) Como sabemos, a hipótese de uma norma legal também se chama previsão; vamos agora preferir esta última palavra para designar a hipótese positiva, posta, que se pode encontrar num preceito legal positive; falaremos em hipótese para designar aquela, meramente instrumental, que pode ser construída, conforme se explica no texto, a partir da previsão e do caso omisso.

0 VICIO LÓGICO

14. — Mesmo passando por alto a legitimidade de fazer uma indução a partir de um número muito contado de casos, é fácil verificar que há um vício lógico fundamental nesta forma de raciocínio. Na realidade, ao amplificar a previsão para abranger casos nela não previstos, pode exatamente cair-se no acolhimento de casos para os quais não e adequada a estatuição (1). A quem defenda a aplicação analógica de uma certa norma através do esquema indicado, pode sempre responder-se que a hipótese de norma e como é — e não é a mais ampla encontrada por indução —, porque o caso omisso foi e deve ser deixado fora da norma: é este o argumento «a contrário», contraponto e rival do argumento analógico, o que se serve do mesmo processo para chegar a resultados opostos (2).

(1) Demonstrando o vício do raciocínio: o homem é um bípede implume; um cão e os homens são animais; um cão é um bípede implume (!). Ou numa proposição normativa: as cadeiras devem ter costas firmes; bancos e cadeiras são assentos; os bancos devem ter costas firmes (!).

(2) Mas também o argumento «a contrário» não é necessariamente verdadeiro; senão vejamos: o homem é um ser vivo. Os homens e cães são animais. Os cães (a contrário) não são seres vivos (!).

A ADEQUAÇÃO ATRAVÉS DAS QUALIDADES OU MODO DE SER

15. — É fácil verificar que para ser legítimo o argumento analógico, e necessário que ao procurar uma hipótese mais ampla, se tenha em mente que só servira aquela para a qual seja adequada a estatuição; não deve pois esquecer-se que se trata de verificar se a estatuição, pode ser aplicada a casos não previstos na norma e nomeadamente ao caso omisso. Esta verificação, porém só será por analogia se a adequação da estatuição ao caso omisso, for achada através da comparação deste com a previsão a que a estatuição é aplicável; se o caso omisso tiver em comum com a previsão aquelas qualidades ou modos de ser que justificam a estatuição. A comunhão que exista entre o caso omisso e a previsão naquelas, qualidades ou modos de ser, e que permitira que a previsão e o caso sejam descritos numa hipótese mais ampla comum, a qual, se encontrada assim, não corre o risco de abranger casos para os quais não é adequada a consequência legal.

A DOUTRINA (OU JURISPRUDENCIA) DOS CONCEITOS

16. — Assim entendidas as coisas poderia parecer que a formulação da hipótese mais extensa ainda serviria para justificar a existência daquela comunhão de qualidades segundo o seguinte raciocínio: «A prova de que o caso omisso é análogo á previsão da norma, e que ambos são subsumíveis, na seguinte hipótese mais ampla» — é o tipo de argumento usado pela doutrina conceitualista —. Mas não; é a analogia entre o caso omisso e a previsão que justifica a sua comum subsunção numa hipótese mais ampla, e não o contrário.

Decorre de tudo o que dissemos que o raciocínio indutivo desempenha pequeno papel no processo analógico. Concordemos no entanto que em determinados casos possa ser útil como contra-argumento negativo nos seguintes termos: o caso omisso não pode ser considerado análogo a previsão da norma que se julga aplicável — não podemos dizer que tem as qualidades ou modos de ser que justificam a estatuição — porque não e possível subsumir a previsão numa hipótese mais ampla em que caiba também o caso omisso; isto provaria que a alegada adequação da estatuição para regular o caso, não derivava da analogia deste com a hipótese legal (1).

(1) E na verdade pode não derivar. A anestesia é adequada quer para operar um homem quer para transferir um leão de um jardim zoológico para outro. O modo de ser da hipótese que toma a anestesia adequada no primeiro caso é o do homem como animal sensível à dor; no segundo caso é o do leão como animal perigoso.

O PROCESSO ANALÓGICO É UMA COMPARAÇÃO

17. — Vamos agora intentar descobrir como funciona o raciocínio analógico, visto que até ao momenta nos temos debruçado predominantemente sobre a sua maneira de ser, temos estado a langar sobre ele uma visa a anatómica, digamos assim. Interessa pois — persistimos na metáfora — abordado na perspetiva fisiológica.

Já conhecemos a ideia de que procurar analogias e comparar; comparar o caso a regular com a hipótese de uma norma que se supõe aplicável. Normalmente essa suposição começará por uma simples associação de ideias, processo psicológico que, como sabemos, e também produzido pela semelhança.

O processo mental associativo poderá, grosso modo, seguir duas vias: ou se trata de associar o caso a hipótese de norma, ou se trata de associar a ideia que temos da solução do Caso a estatuição da norma. Este último caso bem examinado, e, normalmente, redutível ao primeiro; na verdade, se perante um caso a regular, nos surge a ideia de uma regulação possível, e porque — ainda que subconscientemente — estamos a compará-lo com outro caso que tem aquela ou semelhante regulamentação.

Encontrada desta maneira a norma que se supõe aplicável começa então o verdadeiro processo comparativo. É que a associação de ideias, por si, nada revela; não só tal processo pode ter outras causas, que não a semelhança — nomeadamente a diferença — como também a semelhança que produziu a associação pode ser desinteressante para a especial comparação que pretendemos fazer (1), ou até ilusória.

(1) Ou seja: ser na verdade uma diferença, a qual se confirmada dará lugar ao argumento «a contrário».

O CONHECIMENTO DO CASO E DA NORMA

18. — A primeira condição para o êxito de uma comparação e que se conheçam bem os objetos a comparar. O conhecimento do caso a regular deve porém ser abordado por uma perspetiva própria, e a perspetiva e a de que regular um caso de vida e sempre uma regulamentação de interesses humanos, segundo uma referência a valores; conhecer o caso e saber que interesses estão nele implicados, que valores se afirmam ou se negam conforme se protejam ou se deixem sem proteção tais interesses.

Pelo outro lado, conhecer a hipótese da norma que se julga aplicável, e interpreta-la. A hipótese porém não pode ser interpretada desligando-a da estatuição, porque os factos que nela se encontram aprisionados sobre a forma conceitual, só são uma hipótese legal porque pressupostos da aplicação de uma consequência jurídica; quero dizer: a hipótese legal só e tal, só tem esta natureza, porque faz parte de um comando normativo; desconhecer a outra parte do comando seria retirar-lhe tal natureza. Na proposição «matar um homem a soco é punível» e nesta outra «matar um homem a soco é difícil», o conceito (complexo) «matar um homem» tem sentidos diferentes; são na verdade dois conceitos diferentes: no primeiro está contida uma valoração (ético-jurídica) que esta ausente no segundo; só, porém, o conhecimento da proposição completa permite concluí-lo (2).

Por outro lado ainda, o conhecimento da hipótese é necessário, a fim de descobrir as qualidades ou modos de ser que justificam a estatuição, como atras assinalamos, o que seria, de facto, impossível sem atentar nesta. Assim se vem a concluir que interpretar a hipótese e interpretar a norma. Mas não interpretá-la precisamente como que para efeitos de aplicação.

(2) Como resulta do texto, a nossa insistência em usar a configuração formal das normas e apenas didática não significa de forma alguma que tenhamos aderido a ideia de que exista distinção substancial entre a hipótese e a estatuição, dela está que, em relação as chamadas normas proibitivas, obriga a separar o tipo (conteúdo na hipótese) do ilícito (acrescentado pela estatuição).

AQUI MAIS DO QUE NUNCA A INTERPRETAÇÃO ÁXIO-TELEOLÓGICA

19. — Interessara aqui, ainda mais do que ali, fazer uma interpretação áxio-teleológica. Na verdade, a perspetiva pala qual devemos interpretar a norma deve ser a mesma pela qual interpretamos o caso a regular. Só assim será possível comparar os dois sentidos achados. E a perspetiva e — dissemo-lo há pouco — a de que regulamentação jurídica e regulação de interesses humanos segundo uma referencia a valores. Donde que conhecer a norma e a sua hipótese e saber que interesses foram nela regulamentados e previstos, que valores nela se afirmam ou se negam. Ou, ainda, de outra maneira dito, saber que fins a norma se propõe atingir, já que, não o esqueçamos, do ponto de vista normativo-social, os valores só tem sentido com referência aos fins que a sociedade, em que vigoram, se propõe atingir.

Bem interpretado o caso e a norma, fácil será verificar se são os mesmos ou idênticos os interesses em jogo, se os fins que a norma se propõe justificam a sua aplicação ao caso omisso; se serão dessa maneira afirmados os mesmos valores (1).

(1) A espécie de lógica que permite a aplicação da norma legal a um caso nela não previsto é a dialética. Verifica-se que o caso não está (não é) e esta (é) previsto na hipótese. Não está porque não é abrangido pelo conceito abstrato (normalmente um complexo de conceitos) que a hipótese é; está porque tem com a hipótese aquelas qualidades ou modos de ser que tomam a estatuição aplicável. Já alguns teólogos medievais faziam notar a propósito do conceito de «ser», e preocupados em saber se Deus é!, como é que a analogia desmente o princípio da não contradição. Deus «não é» como os homens mas «é» realmente (diziam eles). «A teoria da analogia, séculos antes de se falar em dialetizar conhecimentos humanos, constituía uma verdadeira dialetização do conceito de ser, e portanto do princípio do terceiro excluído». Paulo Foulquié, «A dialética», Coleção Saber — Europa-América, página 112.

FROUXO APOIO NA LEI CIVIL

20. — A norma que regula a integração apoia, ainda que frouxamente, esta conceção axio-teleológica do processo de regular as — lacunas; fala-se nela — discretamente - nas «razões justificativas» (n.º 2 do artigo 10.º) o que e uma referencia a *ratio legis*. Já tivemos ocasião de referir como o elemento teleológico pode ser articulado com o elemento racional, como e de facto possível reconduzi-los um ao outro (Cfr. n.° 20 a páginas 89-90) pelo que nos dispensamos, aqui, de voltar a fazê-lo (1).

(1) Justifica-se porém o pouco entusiasmo do Código Civil pela interpretação e pela integração teleológica. Quando nasceu este Código (Portugal-1966) não «convinha» dar importância as indicações programáticas da Constituição — repositório por excelência dos fins que o direito positivo diz prosseguir. Havia uma contradição fundamental entre aquilo que

a classe dirigente queria — e prosseguia através das leis ordinárias e principalmente da prática administrativa — e aquilo que dizia querer. Enclausurava pois as suas boas intenções no monumento-mausoléu constitucional, que era assim uma espécie de Bíblia a manter cautelosamente longe dos fiéis, não fossem eles descobrir que havia lá outras máximas além da de «Dai a César o que é de César».

A ANALOGIA JURIS

21. — A um caso omisso pode pois ser aplicável, por analogia, uma determinada norma jurídica. É a analogia da (com a) lei (*legis*) que justifica tal aplicação. Geralmente distingue-se deste, outro processo analógico a que se chama analogia do (com o) direito (*juris*). Verificar-se-ia nos casos em que o intérprete se serve não apenas de uma norma jurídica mas de uma pluralidade de normas para estabelecer a analogia. Para a:lguns autores seria esta a única forma que exigiria a formulação de um princípio geral (extraído das varias normas por indução) e dai a sua maior incerteza. Para outros (Enneccerus, Engisch), que aceitam o principio da lógica formal, segundo o qual o processo analógico e sempre iniciado com uma generalização, (V. Enneccerus, ob. cit. parágrafos 53 II 1.), trata- se apenas de alargar a base da indução (Engisch ob. cit. página 240, 4) e parece, por isso, — eles não o dizem — que seria mais seguro.

Nós julgamos que se deve distinguir a aplicação ao caso omisso de uma estatuição não contida em qualquer dos preceitos que servem de base a indução — como por exemplo quando se retira das disposições penais o princípio de «a favor do réu» — da aplicação ao caso omisso da estatuição de um (ou comum a vários) dos preceitos legais.

No primeiro caso não estaremos em face da integração por analogia mas, quando justificada, de uma outra forma de integração — a incluir na previsão do número 3.º do artigo 10.º do C. C., como adiante estudaremos.

ANALOGIA DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

22. — No segundo caso estaríamos, na verdade, num domínio não substancialmente diferente da analogia *legis* (como opina Engisch) pois o uso de vários preceitos, com igual ou semelhante estatuição, não é mais do que a utilização do elemento sistemático na interpretação da hipótese do preceito que, afinal, vier a considerar-se aplicável. É evidente que para a definição das qualidades ou modos de ser da hipótese que justificam a estatuição, interessará, segundo as regras da interpretação, considerar os chamados lugares paralelos (Cfr. retro págs. 77, 78). Embora renovemos aqui a nossa prevenção, contra os perigos do uso deste sistema na interpretação da hipótese (pág. 78 n.º 9) o certo e que, no caso de integração analógica, estaremos mais protegidos contra tais perigos. A mediação do caso omisso (a comparação com ele) impedir-nos-á de considerar como semelhantes hipóteses diferentes, só porque tenham a mesma, ou semelhante, estatuição. Definidos, em relação ao caso omisso, os interesses e os valores em jogo, pouca probabilidade há de que venham à colação preceitos onde os mesmos ou semelhantes interesses ou valores não estejam implicados e, se vierem, não será difícil refutá-los por

alheios ao processo.

AS VEZES MAIS, OUTRAS VEZES MENOS RIGOROSO

23. — Só em concreto se poderá dizer se a intervenção de vários preceitos legais para resolver o caso omisso toma o processo analógico mais ou menos rigoroso, Suponhamos que se estabeleceu a existência da analogia entre o caso e as previsões de dois preceitos; se puder dizer-se que ambos os preceitos servem o mesmo fim próximo, que ambos são justificados pela mesma *ratio legis*, então cada um dos preceitos servira para confirmar o outro, na medida em que nos dira que tal razão de ser não aparece episodicamente como querida pelo ordenamento jurídico, e melhor ainda será se for possível encontrar outros preceitos análogos desta maneira. Se porém a analogia entre os preceitos e deles com o caso- omisso só se acha por referencia a interesses e fins mais genéricos então o processo sai enfraquecido na medida em que sendo os mesmos interesses realizáveis por meios diferentes, conforme os casos, já não será possível afirmar com a mesma certeza que o meio estatuído na(s) norma(s) e o mais adequado a realizar o interesse (aquele interesse genérico) no caso omisso. Numa palavra, estaremos caídos nos perigos da indução. E quanto mais alto tivermos de subir, quanto mais caminharmos na senda da generalização, maior será o perigo e maior será a queda.

A ANALOGIA JURIS NO CÓDIGO CIVIL

24. — É mais do que duvidoso que a integração por analogia júris se encontre prevista nos números 1 e 2 do artigo 10.º do Código Civil, na modalidade que significa a aplicação de uma estatuição que não se encontre em nenhuma das normas legais. A concreta referenda a «norma aplicável» e ao «caso previsto» parece não consentir tal interpretação. Mas já se deve considerar ali prevista a modalidade que consiste na recorrência a mais do que uma norma como meio de melhor esclarecer o sentido da norma aplicável por analogia. Aquela outra modalidade cabe, porém, como já atrás dissemos e adiante estudaremos, na forma de integração prevista no número 3 do referido artigo 10.º.

ANALOGIA E NORMAS EXCEPCIONAIS

25. — Segue-se agora, para encerrar o estudo da analogia como processo de integração jurídica, considerar o disposto no artigo 11.º do Código Civil. Ele proíbe a aplicação analógica das normas excecionais. Uma tal proibição, parece a primeira vista, não poder suscitar quaisquer dúvidas. Um caso não subsumível na exceção será por isso mesmo, subsumível na regra (argumento a contrário) como atras já assinalamos, e assim nunca haverá, formalmente, uma lacuna que possa configurar-se como uma exceção a uma regra legal. A vida real, porém, não se tem conformado com tão lógica conclusão, e por isso muitas vezes tem aparecido casos que também «merecem» ser uma exceção. Nada obsta, na verdade, a que a interpretação da regra nos conduza a conclusão de que não foi previsto na sua hipótese

um determinado caso concreto ainda que conceitualmente abrangido por ela; e podemos chegar a este resultado exatamente pela interpretação teleológica, ao concluir que a proteção dos interesses e a consecução dos fins que a regra visa, não se atingem ou mal atingem — com a sua aplicação ao caso concreto considerado. Por isto mesmo, ainda o último projeto do Código dizia serem aplicáveis, por analogia, as normas excecionais, salvo se as normas gerais correlativas, contivessem princípios essenciais de ordem pública. Esta estatuição acabou por ser arredada, em virtude das dúvidas a que deu lugar e, certamente portanto, pela incerteza que viria a causar na aplicação do direito. Uma incerteza que se traduziria numa insegurança mais grave do que a sentida pela existência de verdadeiros casos omissos; em relação a estes, ninguém pode contar, com razoável probabilidade, com uma determinada regulamentação, mas conta-se com razoável probabilidade que aos casos subsumíveis numa regra, e não excecionados, se aplica essa regra.

O ARTIGO 11.º DO CÓDIGO CIVIL NÃO RESOLVE TODO O PROBLEMA

26. — Infelizmente, a letra do artigo 11.º do Código Civil, não resolve por completo o problema. Na verdade não impede ela que se abra uma exceção numa regra que as não tenha, nem que se considere omisso um caso incluído numa regra que tem exceções, desde que não se aplique a esse caso uma dessas exceções, por analogia. Sempre estaria na ordem das possibilidades lógicas aplicar a estes casos por analogia uma disposição que não fosse excecional a regra considerada, que fosse também uma (outra) regra. Julgamos porém que esta possibilidade lógica não poderá justificar tal procedimento. A razão de ser da proibição de aplicar analogicamente as normas excecionais, e, exatamente, como vimos, a de não permitir abrir exceções que não estejam expressamente consideradas na Lei, e tal razão e valida quer haja de facto exceção considerada quer não haja; quer se pretenda aplicar ao caso a estatuição da exceção quer qualquer outra estatuição.

UM EXEMPLO

27. — Damos seguidamente um exemplo de integração analógica para facilitar a compreensão desta matéria.

Tivemos de nos pronunciar, recentemente, sobre o regime aplicável as faltas, por motivo de parto, de uma funcionária solteira. Compulsando a Lei que regula tal matéria, chegamos brevemente a conclusão de que não havia norma onde o facto fosse subsumível, mas ocorreu logo, naturalmente, a possível aplicação analógica de qualquer das normas que consideram justificadas algumas espécies de faltas — artigo 217.º do E.F.U. (1), é que do conjunto dessas normas, resulta, com bastante certeza, que o sistema jurídico intenta não permitir as faltas ao serviço apenas quando motivos bastante ponderosos as não justifiquem, e também resulta que os motivos ali expressamente considerados não podem ser tidos como uma enumeração taxativa, pois ali falta, por exemplo, um dos impedimentos mais absolutos que se pode imaginar: a coação física sobre o funcionário para não comparecer ao serviço — mantendo-

o em carcere privado imaginemos -. Sopesando os interesses em jogo no caso, e os fins visados pelo diploma onde se integram aquelas normas, tomou-se também evidente que os interesses principalmente visados — o bom funcionamento do serviço público — só seriam de facto protegidos regulamentando o caso por alguma das normas justificativas de faltas. Na verdade, deixar de fazê-lo, seria considerar as ditas faltas injustificadas, ou seja, doutra maneira dizendo, considerar dever da funcionária vir ao serviço para dar a luz. Poderia pensar-se — nós não chegamos então a faze-lo — ser impossível a aplicação analógica daquelas normas, por serem excecionais. Dir-se-ia então que elas excecionam o numero 1 do artigo 142.º do E. F. na parte em que este consigna aos funcionários o dever de assiduidade. Mau entendimento seria este. As normas que regulam as faltas devem ser consideradas não uma exceção ao dever de assiduidade, mas uma regulamentação dele; ser assíduo não e não faltar nunca, mas não faltar injustificadamente. Tenda assim concluído que se tratava de um verdadeiro caso omisso, e de que era possível a integração analógica, restava achar a norma aplicável. A primeira que parecia adequada, era a alínea e) do citado artigo 217.º. Consigna o direito a trinta dias de justificação de faltas «no período da maternidade» para as funcionarias casadas.

(1) Trata-se do «Estatuto do Funcionalismo Ultramarino».

Parece ser perfeitamente análogo para efeito de justificar a não presença ao serviço, o parto de uma mulher casada e o parto de uma mulher solteira. Mas uma investigação aos fins da Lei e aos valores que ela revela, demonstra-nos que não é assim. Ao conceder justificação para faltar um mês a mulher casada na altura da maternidade, a lei não intenta somente justificar-lhe as faltas que ela terá de dar em virtude do parto, mas proporcionar a criança nascida a dedicação exclusiva da mãe, naquele primeiro ano de vida. É uma especial proteção que assim se concede a família legítima de acordo com valores que a Lei acolhe também noutras normas (por ex. os artigos 172.º do E. F. U. e artigo 2140.º do Código Civil (1). A palavra «casada» nesta norma aparece assim por oposição a «solteira» e já não, por exemplo, a «viúva». Assim não se poderia considerar análoga a hipótese com a do caso omisso a regular: não são os mesmos, os interesses em jogo.

(1) Tenha-se em conta que escrevíamos antes das alterações que foram introduzidas nas leis de família por força da Constituição.

As normas que a seguir nos pareceram presumivelmente aplicáveis foram as que justificam as faltas por doença. É claro que o caso não e nelas, diretamente, subsumível. Na verdade a doença e um distúrbio patológico da saúde, o que não acontece com um parto normal; as o certo e que num caso e noutro se verifica uma inabilitação temporária para o trabalho e é a tal inabilitação que justifica a estatuição da norma que regulamenta as faltas por doença; ou seja, não é qualquer qualidade ou modo de ser das doenças em si, que justificam o direito de faltar, mas um efeito delas — a inabilitação para o trabalho. Tanto assim e, que não deve considerar-se motivo justificativo, qualquer pequena lesão que não determine tal inabilitação, embora possa ser tecnicamente qualificada como doença. Se e assim, parece haver perfeita analogia de situações, e devemos aplicar as faltas de uma funcionária solteira -por motivo de parto, as normas que regulam as faltas dadas por doença. Seria sem dúvida chocante, que

houvessem de ser relevadas as faltas dadas por motivo de aborto, por ser de facto uma doença, e não pudessem ser justificadas as faltas motivadas pelo parto.

A INTEGRAÇÃO NÃO ANALÓGICA — OS CASOS REBELDES

28. — «Na falta do caso análogo, a situação e resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espirito do sistema» (numero 3.º do artigo 10.º do C. C.).

A primeira dificuldade que esta disposição legal suscita e a de saber como deve reconhecer-se que o caso que assim se mostrou «rebelde a analogia» deve ser juridicamente regulado uma vez que já afastamos a doutrina que pretende que todos os casos da vida podem (e devem) ter um tratamento jurídico.

A resposta não pode deixar de ser a mesma que adotamos, para a própria definição de caso omisso. Deverão ser juridicamente tutelados todos os casos que, por não terem regulamentação legal, revelem incompletude no ordenamento jurídico, na prossecução dos fins que lhe são próprios. E os fins que lhe são próprios, só do sistema jurídico se podem deduzir, só investigando em que medida e sociedade-Estado em que vigora o sistema, lhe reservou a tarefa de ser instrumento dos seus próprios fins, necessariamente mais amplos do que os fins específicos do direito. Ou (talvez) melhor, na medida em que aos fins pressupostos pela ordem jurídica — e que não são só dela — interessa a especial forma de realização que é a do direito (a especifica coercibilidade estatal).

INTEGRAÇAO NORMATIVA? PARECE QUE não

29. — Consideremos agora a necessidade de resolver o caso segundo uma norma — a norma que o intérprete criaria, diz a lei. Conhece-se a fonte deste preceito: é o celebre artigo 1.° do Código Civil suíço que, por sua vez, o bebeu — sem dúvida através da doutrina — em ... Aristóteles. A partir da altura em que foi lei positiva, esta proposição tem sido quase unanimemente interpretada, neste particular, como significando que ainda aqui o intérprete — no Código Suíço diz o Juiz — não deve desviar-se da solução abstrato-normativa. Certo e porém que tal intenção da lei não pode passar de uma intenção. É característica da abstração-normativa a potencial aplicabilidade da norma e uma multiplicidade de casos a que a norma e aplicável porque são subsumíveis nela. Ora e impensável que o intérprete possa inventar outros casos omissos abstraindo do que lhe cumpre resolver, para assim elaborar a norma. A abstração a que ele proceda só pode provir do objeto (único) que lhe cumpre resolver e é, sem dúvida, psicologicamente impossível — e praticamente inútil — que ele finja esquecer tal objeto, para elaborar a norma onde depois há-de subsumi-lo. Seria certo e sabido que, assim, só por milagre o conseguiria. Quero dizer, a elaboração da norma não pode senão ser justificada pelo facto de a regulamentação nela prevista ser aplicável ao caso; jamais se poderá pretender o contrário: — como na aplicação vulgar de uma norma — que a regulamentação e aplicável porque se subsume o caso na norma. A elaboração da norma só pode pois ser *a posteriori* do verdadeiro trabalho de integração — que e a descoberta da

regulamentação concreta para o caso omisso — e não desempenha já, nela, nenhum papel.

Diferente e, na verdade, a tarefa do legislador que, não se encontrando vinculado a resolução de um caso concreto, engendra a sua norma para valer, na verdade, para um tipo de casos que ele apenas hipoteticamente configura não sendo por isso a regulamentação justificada pela adequação concreta a qualquer deles — casos a haver. Se um legislador tiver em mente algum caso concreto ao elaborar a norma então será altura de dizer que aquele caso não e enquadrável na norma, a norma e que se enquadrou nele. Em relação ao tal caso, foi ele que procedeu como o intérprete-integrador.

COMO INTERPRETAR A REFERÊNCIA AO ACTO DE LEGISLAR

30. — Que poderá significar então a referencia feita na lei ao ato de legislar? Se por ela não se pode entender, como acabamos de ver, a possibilidade de abstrair do caso concreto, pode e deve sem dúvida entender-se que o intérprete-aplicador deve abstrair das pessoas nele implicadas, aplicando uma regulamentação que terá assim, necessariamente, a característica da generalidade, conforme, a seu tempo a definimos. Sendo impossível atingir esta característica pela via da abstração dos casos, que, aqui, se não configuram como hipotéticos, nem por isso será impossível ao intérprete considerar os interesses em jogo como interesses humanos, em vez de os considerar como das pessoas concretas que se apresentam como seus titulares. Como da apreciação jurídica de um caso de vida, resulta sempre uma definição de direitos e deveres, seria violar o preceito Constitucional que estabelece a igualdade dos cidadãos (artigo 26.º) (1), não regular o caso de forma a que da regulação concreta se possa extrair uma regulamentação que seja adequada a tutelar os mesmos interesses, qualquer que seja a pessoa que se apresente como seu titular. Mas a forma de conseguir isso não e, evidentemente, a previa elaboração de uma norma; bastara que se abstraia da titularidade dos interesses, naqueles aspetos em que o sujeito não interessa para a própria definição do interesse. Não se poderá, é claro, prescindir da apreciação dos aspetos subjetivos do interesse a regular, na medida em que o interesse já não seja o mesmo desde que se não considerem. A condição económica de um indivíduo que se represente com a pretensão de não ser punido apesar de ter agredido corporalmente um outro, não interessará em regra a definição dos interesses em jogo, mas já assim não será, se o mesmo indivíduo se apresentar com a pretensão de não ser punido apesar de se ter apropriado de alguns alimentos que não lhe pertenciam.

(1) Constituição da R P. M. 164

E QUANTO AO CONTEUDO DO COMANDO?

31. — É pois, só, no caso omisso, que o intérprete pode basear-se, para dizer o comando que o há-de regular. Como indicação sobre o conteúdo do comando não diz a lei senão que ele há-de situar-se «dentro do espírito do sistema». Notam todos os comentadores, que tal não significa julgar «segundo» os princípios gerais de direito que do sistema se extraiam; que quis dar-se ao intérprete uma mais ampla 'liberdade a qual apenas não pode ir ao ponto de ficar contra o sistema, de quebrar a sua coerência.

Admitimos que assim seja, mas não deve deixar de advertir-se que tal não significa que não possa o intérprete julgar com base em tais princípios, e mesmo que não deva faze-lo, quando eles se mostrem adequados para regular o caso omisso. Que melhor garantia poderá tem o intérprete de que não vai contra o espirito do sistema, senão a de aplicar um dos princípios gerais que dele se extraiam, ou aqueles que presidiram a elaboração do instituto em que o caso se enquadra? Julgamos que seria, na verdade, ir contra o espirito do sistema resolver de outro modo.

Dirão aqui alguns que resolver segundo os princípios gerais, não é mais do que aplicar a analogia do (com o) direito. Na verdade, para que julguemos existirem alguns princípios, havemos de encontrar aplicação deles na própria lei; só assim podemos dizer que a enformam ou dela se extraem. Também assim pensamos, mas como o mesmo princípio por exemplo o (extraído das normas laborais) da proteção do trabalho contra a exploração do capital — pode dar origem a várias estatuições: subsistência, alteração ou até insubsistência do contrato do trabalho; quando para a realização desse princípio geral no caso concreto, haja de extrair-se dele uma estatuição que não se encontra em nenhuma das normas que nos permitiam formula-lo, é o preceituado no número 3 do artigo 10.º que o permitira, como já atrás assinalamos.

Acontecerá porém, algumas vezes, que o intérprete não encontrará princípio geral aplicável, ou então encontrará princípios contrários que se disputam a vocação para abarcar o caso omisso (1).

(1) Assim, por exemplo, no processo civil e a propósito das provas, vigora uma regulamentação que pretende (?) ser um equilíbrio entre o principio da verdade material — o qual, além doutras consequências, daria ao juiz liberdade para admitir e até procurar todas as provas — e o princípio da verdade formal que vincula o juiz as provas que lhe são apresentadas, restringe as provas admissíveis e marca, rigorosamente, a altura de apresenta-las,

Será neste caso que ele está apenas vinculado a não ir contra o espírito do sistema. Mas que significa, precisamente, tal vinculação? Exatamente que o juiz deve, no caso omisso, realizar os fins e dar prevalência aos valores que o sistema prossegue e que o sistema acolhe. Na prática, a busca de regulamentação para o caso omisso, há-de confundir-se com a própria investigação sobre se o caso deve ser juridicamente regulado. Na verdade, vamos repeti-lo ainda mais uma vez, um caso da vida apresenta-se como necessitado de regulação jurídica, quando a realização dos fins e a afirmação dos valores socialmente vigentes só se possa alcançar — ou melhor se possa alcançar — através duma definição jurídica sobre a prevalência ou a subordinação dos interesses em jogo no caso; através de um comando que obrigue os titulares dos referidos interesses com a força que é própria do direito (1).

Deste modo o juízo que se formular sobre a jurisdicidade do caso, será também um juízo sobre a forma como os interesses nele implicados se integram nos fins sociais e realizam ou negam os respetivos valores.

Feito isto, restará apenas ao intérprete achar os meios mais adequados e eficazes de, no caso concreto, realizar esses fins e confinar esses valores de entre o variado elenco dos meios possíveis e eficazes que o sistema lhe oferece e que são os próprios do direito (2). Terá assim encontrado os efeitos jurídicos a extrair do caso realizando uma tarefa que poderemos qualificar de integração-criadora do direito (3).

(1) Ou seja, que os obrigue de tal forma que os interesses definidos possam ser efetivamente realizáveis, mesmo

contra a vontade deles (titulares), mediante o recurso a força física estatalmente organizada.

(2) De entre efeitos jurídicos possíveis no n osso sistema podemos apresentar, a título de exemplo, sanções de diversa natureza: criminal, disciplinar e civil; criação, extinção e modificação de direitos e deveres; criação e extinção de pessoas jurídicas, alteração da capacidade jurídica, fixação de estados que são pressupostos para a aquisição de direitos e para a assunção de obrigações, etc., etc.

(3) A resolução jurídica dos casos não previstos na lei, põe em causa, não podemos escondê-lo por mais tempo, a conceção do direito objetivo como ordem normativa. Esta conceção significa, devemos estar lembrados, que o comportamento humano jurídico-socialmente relevante, se encontra regulamentado através da hipotética configuração dos comportamentos possíveis e das consequências respetivas. Ora a integração demonstra que é possível — e necessário — apreciar juridicamente comportamentos não previstos no ordenamento jurídico-positivo vigente. E não só. Também o exercício da autonomia privada, o fenómeno da receção material, a inevitável inclusão de conceitos indeterminados nas proposições normativas e até — principalmente — a ambígua solução jurídica que efetivamente os casos venham ter, tudo demonstra que, ao contrário do que dissemos atras quando ainda não era a altura de suscitar a dúvida, nem sempre e possível saber com antecedência, no momento da atuação, as consequências jurídicas que terão os nossos atos; a verdade até e, que não e possível, nunca, conhece-las com certeza, embora muitas vezes possamos prevê-las com elevada probabilidade. Significará isto que tenhamos de nos penitenciar agora de haver tão maltratado, ai atrás. O Direito Livre, e que devamos concluir pelo acerto de tal doutrina? Supomos que de maneira nenhuma. Nenhum daqueles factos impõe a conclusão lógica die que o intérprete-julgador não deva obediência ao direito legislado; tão-só nos permitem concluir que, apesar dessa obediência devida, aos comportamentos humanos vem muitas vezes a ser apreciados juridicamente, em ordem à emissão dos comandos concretos e atuais, de uma maneira tal que não o podemos afirmar, acerca de tal apreciação, que ela se conforma (ou se limita a conformar-se) com o que estava, para o ea.so, previsto. Como, porém, e possível, então, falar ainda, nesta hipótese, de apreciação jurídica? Uma das respostas possíveis e a de que um comando atual e concreto será jurídico, quando conforme não só as normas abstratas, e hipotéticas contidas no direito objetivo, nas também, e sobretudo, quando conforme aos fins e aos valores que tais normas prosseguem e afirmam e que por isso, delas se extraem; que tais fins e valores e que determinam verdadeiramente o dever-ser jurídico e, por isso, a apreciação — ainda nos casos omissos — é sempre normativa, pois que tem que conformar tais fins e valores, os quais se encontram previamente determinados (ou são pré-determináveis). Dentro desta conceção, deveria ser sempre possível marcar com o selo de antijurídicos — ou pelo menos de ajurídicos — os comandos dos quais se pudesse afirmar que não tinham cumprido aqueles fins e afirmados aqueles valores qualquer que tivesse sido a, sorte que tivessem tido, ao pretender impor-se como comandos jurídicos — ou seja, mesmo que tivessem sido executados com a força que é própria do direito. Dentro desta conceção o comportamento humano continua a considerar-se jurídico-normativamente regulamentado — passe o pleonasmo — visto que deverá conformar-se (para ser julgado conforme o direito) os valores e os fins contidos no sistema jurídico, dos quais é possível retirar, *a priori*, regras capazes de abarcar, todo o comportamento humano juridicamente regulável – já que, como vimos o caso omisso só é um caso jurídico, quando a regulamentação seja reclamada pela prossecução daqueles fins. Desta maneira, a relativa indeterminação da regulamentação concreta, não prejudicaria a fundamental natureza normativa de direito. Ainda que à custa do abandono da ideia de que haja na lei uma determinação unívoca para as consequências do comportamento, sempre seria verdade que qualquer das consequenciais achadas, nela. (lei), se haveriam de conter e a ela se haveriam de remeter; que o órgão decisório continuaria a falar a (uma?) linguagem legal, ainda que plurívoca. Voltaremos porém ao assunto em nota posterior, visto que tal nos será exigido por fenómenos jurídico-positivos ainda não estudados, que mais agudizam esta crise entre a conceção normativa do direito e a sua concreta atuação no mundo real.

11.º

VIGÊNCIA E APLICAÇÃO DAS LEIS NO TEMPO

1. — Vamos encerrar este nosso estudo introdutório ao conhecimento do Direito objetivo, delimitando as coordenadas temporais da sua vigência e aplicação.

Este assunto sugere-nos, é inevitável, o do âmbito da aplicação das leis no espaço, o qual, como já se deixou indicado é objeto de um dos ramos do direito — o Internacional Privado. Por isso não o podemos tratar aqui (1).

(1) Devia porém ser objeto da Teoria Geral de Direito Objetivo — que e o que a introdução ao Estudo de Direito vem principalmente a ser, no encaminhamento que lhe demos — saber se o direito interno de um Estado ultrapassa, de verdade, as fronteiras desse Estado — como geralmente é admitido e parece resultar do artigo 16.º do Código Civil -ou se não se trata antes de um fenómeno de receção ou análogo. No caso de adotarmos a posição de que o Direito interno de um Estado, tendo embora o seu campo de aplicação privilegiado no território desse Estado, pode ser aplicado como tal (direito interno) noutro Estado, caberia ainda a Teoria Geral verificar se seria possível conciliar tal ideia com a natureza estatal dos direitos positivos vigentes, ou de que forma, não sendo possível a conciliação, se haveria então de conceber o Direito nas suas relações com o Estado que o «dá»; o que, é claro, seria voltar a pôr (sempre!) a pergunta: O que é o direito?»

A NORMA NÃO SE TOMA OBRIGATÓRIA ANTES DE VIGORAR

2. — Segundo o n.º 1 do artigo 5.º do Código Civil, uma norma de fonte lei toma-se obrigatória depois da sua publicação no jornal oficial. O numero 2 adverte que entre a publicação e a vigência, pode decorrer um certo prazo que pode ser fixado na própria lei ou estar genericamente determinado (5 dias é o prazo normal). Esta disposição não significa, como se poderia apressadamente concluir, que no decurso do prazo referido a norma é obrigatória mas não vigora. Obrigatoriedade e vigência são, evidentemente, conceitos diferentes; o primeiro diz respeito, com já sabemos, à natureza da norma e o segundo apenas refere a norma a um tempo dado, mas, em geral, podemos dizer que uma proposição só se poderá definir como norma (logo obrigatória), quando seja vigente. Assim quando falamos nas normas que vigoram no passado, estamos de facto a falar nas normas que «foram», e que, por isso, «não são» normas, embora possamos continuar a formula-las formalmente como se fossem. O mesmo acontece quando formulamos uma proposição e a propomos como norma para o futuro; ela não o será de facto lei enquanto não estiver em vigor. A formulação lógico-formal normativa, nada nos diz, pois, sobre a existência material da norma. Uma proposição como: os aviões não devem ultrapassar a velocidade de 20 Km/h, é lógico-formalmente uma norma, mas não é — nem pode ser — substancialmente uma norma, um dever-ser. Veremos, não tarda muito que a concreta aplicação do direito parece, demasiadas vezes, contrair estas claras relações entre vigência e obrigatoriedade das normas, mas o certo é que disso não tem culpa o artigo 5.º do Código Civil. O que nele, muito simplesmente se diz, é que a lei não pode tomar-se obrigatória antes de oficialmente publicada, mas, com isso, não proíbe que se tome obrigatória depois da data da publicação, como geralmente acontece. O primeiro é pois uma condição formal da vigência da norma mas, como não é a condição única, não a (vigência) determina por si. Impede porém que se possa considerar vigente uma proposição que já tivesse todas as outras condições (nomeadamente as características lógicos-formais de uma norma e a promulgação) e se tivesse tomado conhecida por outros meios — por exemplo a publicação num outro jornal, que não o oficial.

PORQUE A PUBLICAÇÃO E O PRAZO QUE PRECEDE A VIGÊNCIA

3. — Quer a exigência da publicação, quer a normal existência de um prazo entre ela e a vigência da lei se destinam a toma-la conhecida dos órgãos aplicadores do direito. Só por ficção se poderia dizer como dizem alguns autores, que a publicação e o prazo se destinam a tomar a lei conhecida da generalidade das, pessoas a, quem assina-la o comportamento devido, pois que, na verdade, se sabe que só muito poucas tomam de facto conhecimento dela. Dir-se-ia, porém que o Código Civil adere a tal ficção pois f.az seguir a norma relativa a publicação e a vigência, da regra segundo a qual a ignorância da lei não justifica a falta do seu cumprimento — artigo 6.º -. A colocação sistemática deste Artigo — interrompendo o nexo lógico que existe entre o 5.º e o 7.º — parece indicar que o legislador considerou que a publicação e o prazo justificam a presunção de que a lei será conhecida pelos destinatários a quem impõe comportamentos devidos. A razão de ser do preceituado no artigo 6.º não é porém tal presunção (1).

(1) Há pois que repor o problema do normativismo jurídico. Se a norma pode (e deve) ser usada para apreciar o comportamento de quem a não conhecia (e a desconhecia mesmo inculposamente), a quem, de facto, se dirige a norma? Ao Cidadão vulgar, ou ao Juiz? Se a resposta é ao Juiz (e a outros aplicadores do direito) então devemos dizer que a norma não regula o comportamento mas a apreciação do comportamento. Seria um esquema valorativo para os comportamentos tidos e não para os comportamentos a ter. Confronte- se o que dissemos atrás, nesta linha de ideias, sobre a «atuação que deseja ser licita» (fls. 22).

Para a compreender — e também para ajudar a delimitar o sentido e o âmbito deste preceito vamos transcrever o que escrevemos (num trabalho em preparação) sobre este comando no campo específico do direito criminal. Trata-se do problema do erro sobre a proibição.

O ERRO SOBRE A PROIBIÇÃO

Costumava dizer-se que o erro de facto — ou sobre os factos-típicos é relevante, enquanto o erro de direito é irrelevante o que significaria que o erro sobre os factos do tipo excluiria o dolo, enquanto o erro sobre a ilicitude desses factos não o excluiria.

Se tomarmos a ilicitude como sendo o elemento de valoração (negativa) social-jurídica então o erro sobre a proibição social, sobre os valores que a norma tutela, seria irrelevante. Contra esta conclusão milita a nova conceção da relação tipo-ilicitude. Fazendo, como faz, parte do tipo, o desvalor social que a norma repele precisa de ser conhecido do agente para que se possa dizer que este, realizando-o, negou o valor tutelado. É certo que, apesar de tudo fica um resíduo de irrelevância: Exatamente a do erro sobre a parte formal da ilicitude; sobre a circunstância de aquele valor social ter sido tomado sob tutela jurídica; o erro que incide não sobre a existência do valor mas sim apenas sobre a sua especial determinação como jurídico, o erro sobre a simples ilegalidade enfim; é este, e só este, o que hoje deve ser considerado como erro de direito e irrelevante. Irrelevante, porque a ilegalidade não é fundamento nem requisito da sansão já que ilegal e sancionável significam a mesma coisa. É certo que a sansão,

concreta se fundamenta, formalmente, na ilegalidade e por isso é necessário, para se verifique a responsabilização concreta, que se tenha, formal e objetivamente, negado a lei (realizado o ser que a norma, proíbe, o efeito violador) mas, em substância, a realidade é outra. Em substância o sancionamento concreto é a afirmação objetiva da norma jurídica, o seu específico modo de ser conhecida e de se dar a conhecer quando ignorada (violada), de existir como norma da nossa vida (a norma que não é aplicada só existe formalmente). Sendo assim seria absurdo que se exigisse que a norma fosse previamente conhecida (que não houvesse erro sobre o direito) para se aplicar a norma. É desta maneira que se pode dizer que um determinado comportamento é ilegal, porque é sancionado. Substancialmente, o jurídico é uma determinação que indica que o Estado tutela (genérica e coercivamente). Enfim, um determinado comportamento não é juridicamente punido por ser juridicamente proibido; é proibido por ser punido.

Voltemos porém a relevância do erro sobre os elementos valorativos, do tipo de ilícito, sobre os elementos que substanciam a proibição.

Devemos, primeiramente distinguir o verdadeiro erro sobre os valores, de situações que por vezes se confundem com ele. Refiro-me aqueles casos em que o erro incide sobre os elementos do ser em que se fundamenta o dever ser; este erro só aparentemente é um erro sobre os valores e portanto, deve ser tratado como o erro sobre os outros elementos naturalísticos do tipo. Vejamos um exemplo: uma pessoa cultiva no seu jardim uma planta que é estupefaciente mas de que desconhece esta qualidade; ele não erra sobre a planta que cultiva pois e aquela mesma que ele pretende cultivar, conhece-a bem quanto a forma de suas raízes, folhas e frutos, quanto ao seu ciclo de desenvolvimento e aos cuidados de que necessita, mas julga-a, por exemplo, uma planta simplesmente ornamental, qualidade que por hipótese, ela também possui. Parece então que o seu erro e sobre o elemento valor, a saber, nocividade da planta quando mascada ou fumada mas, de facto, não e assim visto que pode essa pessoa não só saber que a sociedade e a lei condenam e proíbem o cultivo de plantas estupefacientes mas ser ele próprio um ativo combatente da luta antidroga. O seu erro e, segundo a clássica e ultrapassada qualificação, «de facto» pois incide sobre uma qualidade, um elemento naturalístico da planta, ainda que esta qualidade seja aquela pela qual a planta é (des)valorada pela norma proibitiva de cultivá-la. O erro e inteiramente equiparável ao que teria cometido se tivesse confundido aquela planta com outra parecida ou seja se tivesse cultivado A (estupefaciente) julgando que cultivava B (não estupefaciente).

O autêntico erro sobre os valores existe se este agente ignora o juízo de (des)valor que anda socialmente ligado ao efeito psicofísico a que se chama estupefaciente, ainda que ele conheça este efeito, por ex. por tê-lo experimentado. Ora, embora defendamos que um tal erro é igualmente relevante (em principio e teoricamente) verifica-se que, praticamente, já assim não é. É que, praticamente, os valores sociais devem presumir-se como conhecidos. Na verdade todo o direito vive desta presunção prática. Como sabemos, e já foi dito ai atrás mais do que uma vez, o Estado apresenta-se sempre como representando (ou sendo) a sociedade; daqui resulta que as suas (do Estado) normas — o direito — são sempre apresentadas como traduzindo, sob forma normativa, as interesses dos próprios destinatários, os interesses genéricos da sociedade.

Os valores — que não são mais do que esses interesses na sua mais abstrata expressão — são pois não só pressupostos como conhecidos mas também, e até, como assumidos pela generalidade dos membros da sociedade e esta é a autojustificação do Estado, a autojustificação do direito. Esta autojustificação nunca é absolutamente verdadeira e nunca é absolutamente falsa; ela é tanto mais verdadeira quanto mais a classe que domina o Estado é uma classe progressista. Para efeitos práticos podemos dizer que a justificação é verdadeira quando domina uma classe revolucionária e falsa quando domina uma classe reacionária (ou que a classe é revolucionária quando a justificação é verdadeira e reacionária quando a justificação é falsa). Em qualquer dos casos o Estado não pode prescindir da justificação — o que significa que não pode prescindir de usar o direito como se a justificação fosse verdadeira. Na verdade pode prescindir tanto menos quanto menos ela é verdadeira porque quando a justificação é verdadeira o direito justifica-se por si próprio e quando ela é falsa precisa de ser justificado. Mas há mais: a presunção do geral conhecimento dos valores que a classe dominante tutela não se baseia apenas numa pressuposição vista que o domínio da classe significa também que os seus valores dominam realmente, no sentido de que a generalidade dos membros da sociedade os conhece e aceita...na sua generalidade. Ainda que seja certo que numa sociedade dominada por uma classe de possidentes esses valores estejam em contradição antagónica com os interesses da maioria, também é verdade que essa maioria só através da luta prolongada pela realização e defesa desses interesses chega a transformá-los em valores, a consciencializar esses interesses como interesses genéricos, a formar uma consciência de classe e é claro que sendo os novos valores a negação dialética dos valores dominantes, a compreensão destes é um momento indispensável da formação daqueles.

Resulta pois claro que um autêntico erro, sobre os valores, dificilmente pode ser aceite como existente e portanto, em concreto, relevar. Excetuam-se, talvez, os casos dos infratores estranhos à sociedade cujas normas infringem e os casos em que a norma, sendo uma manifestação de aberrante voluntarismo do legislador, é estranha à sociedade em que pretende vigorar.»

CESSAÇAO AUTOMATICA DA VIGÊNCIA -A REVOGAÇÃO

4. — A cessação da vigência da lei e regulada pelo artigo 7.º do Código Civil. Verificamos que a lei deixa de vigorar automaticamente quando nela se tenha marcado o seu termo. Isto pode fazer-se indicando nela a data em que deve deixar de vigorar ou o tempo pelo qual há-de estar em vigor ou ainda subordinando a vigência a persistência de certo facto ou acontecimento cujo fim se prevê em data incerta; uma guerra, por exemplo. Fora destes cases, a lei dei a de vigorar mediante revoga ao que há-de ser, também, um ato jurídico-normativo. A revogação pode ser expressa ou tácita. Diz-se tácita a revogação resultante da incompatibilidade entre a lei e uma lei posterior.

O número 2 do artigo 7.º também manda considerar revogada a lei pelo facto de se regular novamente toda a matéria contemplada na lei anterior; talvez seja melhor falar aqui de revogação presumida do que de revogação tácita.

O número 3 do artigo 7.º adverte-nos que, em regra, a lei geral não revoga a lei especial- trata-se pois de uma exceção ao princípio da revogação tácita. A razão de ser desta regra e que uma nova regulamentação do «Caso» geral não modifica a natureza de um caso que se apresenta como especial em relação a ele. Não será porém assim quando a modificação de lei geral, amplificando o âmbito das respetivas regras, as tome aptas para regular os casos (que antes eram) especiais.

O número 4 do artigo em análise, elucida que a revogação da norma revogativa não faz renascer a norma revogada. É claro que o legislador pode sempre retomar o conteúdo de leis já revogadas; é porém necessário que o faça inserir numa nova lei.

A QUE CASOS SE APLICA A LEI? COMO SURGE O PROBLEMA

5. — As normas que determinam o começo e o termo da vigência da lei não nos resolvem, não podem resolver-nos, o problema de saber a que casos devemos aplicá-la. Vejamos porquê. Os casos da vida, carecedores de tutela jurídica, surgem sempre no decurso e no desenvolvimento das situações e relações sociais, as quais, pela sua relevância para o direito, chamamos situações ou relações jurídicas. Essas situações e relações não são fenómenos que se cumpram instantaneamente no tempo, como geralmente são os factos (jurídicos) que lhes dão origem. Assim, por exemplo, a situação que e a capacidade ou a incapacidade jurídica (suscetibilidade ou insusceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas) prolonga-se no tempo por toda a vida ou por uma parte importante da vida da pessoa a que respeita. Uma relação jurídica como a matrimonial, tem, também, tendência a ser muito duradoira; mas já não tanto assim as relações jurídicas obrigacionais — a que se estabelece entre aquele que deve (dinheiro, por exemplo), com a pessoa a quem deve — que tendem a ser temporárias e, as vezes, de muito curta duração. Algumas relações jurídicas nascem e extinguem-se tão rapidamente que, praticamente, só duram o tempo dos atos que lhes dão origem; é o caso, por exemplo, das relações obrigacionais resultantes da compra de um objeto numa loja, a pronto.

Todas as relações jurídicas, ainda mesmo as que caracterizamos como menos duradoiras, são suscetíveis de entrar em contacto com normas que mutuamente se excluem quanta ao conteúdo da sua regulamentação, e que, embora não tendo estado simultaneamente vigentes, se apresentam com vocação para regulamentar a mesma relação jurídica. Basta pensar em que um é o tempo da atuação e outro o tempo da apreciação dos comportamentos juridicamente relevantes. Existe pois um problema da aplicação das leis no tempo que deriva quer da desconexão temporal entre a atuação e a apreciação, quer da desconexão entre a durabilidade das situações jurídicas e a das normas que as regulam.

VEJAMOS MELHOR AS CONEXÕES: OLHANDO PARA AS SITUAÇÕES

6. – Compreenderemos melhor a solução a dar a este problema, se nos demorarmos ainda no exame das possíveis conexões entre as situações jurídicas e os factos ou os atos que lhes dão origem. Sobre este

ponto de vista verificamos então que há situações e relações cujo conteúdo, modo de ser e regulamentação são, no todo ou em parte, determinados pelos factos ou atos que lhe deram origem, e verificamos que, em contrapartida, existirem outras que, em parte ou totalmente, se apresentam como independentes dele, (facto-fonte). Como exemplo melhor, destas últimas relações jurídicas, podemos apresentar a propriedade. O conteúdo e modo, de ser deste direito, tal como se encontra regulamentado, não depende da forma como foi adquirido, do facto que lhe deu origem; factos jurídicos dos mais variados podem estar na origem da propriedade — contratos (compra e venda, doação), negócios unilaterais (testamento), a posse conjugada com o decurso de tempo (prescrição aquisitiva ou usucapião), simples atos jurídicos não negociais (a ocupa ao de uma coisa de ninguém), etc. — sem que tal importe qualquer diferença no conteúdo do direito. Como exemplo de uma relação jurídica profundamente influenciada pelo facto-fonte, podemos apresentar um contrato de transporte em que se regulamente minuciosamente, o que, como, por onde, em que tempo, quais as responsabilidade do transportador e, do dono da coisa pela possível danificação ou perecimento de coisa transportada, etc. Neste caso o contrato (relação jurídica) será tal como se tiver feito o contrato (ato-negócio-jurídico).

OLHANDO PARA OS FACTOS

7. — A conexão entre o facto e a relação jurídica a que da vida, pode também analisar-se da perspetiva do facto jurídico. Verificamos então que há factos jurídicos aptos a modelar as relações jurídicas consequentes; tal e o caso, principalmente do negócio jurídico, o qual se define exatamente como sendo aquele ato que e constituído essencialmente por uma declaração de vontade que visa a produção de determinados efeitos que se desejam jurídicos (sob a tutela do direito) e que, em geral, produzem — porque assim o consente a lei — os efeitos desejados que dessa maneira se tomam, tal como foi desejado, jurídicos. Outros factos há, porém, que embora necessários — com a categoria de causas e não meras condições — para se constituírem determinadas situações ou relações jurídicas, não tem a virtude de modelarem o conteúdo de tais situações ou relações, o qual depende inteiramente da lei que não concede ao facto senão o papal de ser a fonte do aparecimento delas. É o caso por exemplo da morte de uma pessoa que dá origem a (e extingue e modifica) uma serie de situações jurídicas de caracter patrimonial — o que podemos designar genericamente por fenómeno sucessório — cuja natureza ou modo de ser, o facto-morte não determina; mas se a pessoa que morre tiver antes feito um testamento (negócio jurídico unilateral) , este poderá (terá possibilidade de) determinar em grande parte o fenómeno sucessório; ao testamento podemos chamar como Affolter um facto (ato) modelador e à morte (um facto mediador.

Deve porém advertir-se que o mesmo facto pode ser modelador de certas situações jurídicas (por exemplo o contrato de compra e venda nas relações obrigacionais a que dá origem — de entregar a coisa, de entregar o preço — e mediador de outras (as relações de propriedade resultantes).

OLHANDO PARA AS NORMAS

8. — Estas mesmas conexões entre os factos e as situações jurídicas, podem ainda e finalmente, ser apreciadas do ponto de vista da regulamentação prevista, e é este, no nosso entender, o ponto de vista correto, pois é às normas que compete definir as conexões relevantes. Verifica-se que a regulamentação ora atende a relação em si mesma abstraindo do facto-fonte, ora, ao regulamentar a situação, as normas tem em vista determinar os efeitos do facto que lhe deu origem. Podemos encontrar os dois sentidos na regulamentação das mesmas relações jurídicas, em aspetos diferentes das mesmas relações. Assim, por exemplo, no casamento, as normas que estabelecem que o marido é o chefe da família (artigo 1674.º), que a mulher não necessita do consentimento do marido para exercer funções públicas (artigo 1676.º) mas já o necessita, em princípio, para exercer o comércio (artigo 1686.º) são daquelas de que podemos dizer que se desinteressaram da forma como foi constituída a relação matrimonial e se ocupam dela em si própria (1).

Já não assim, por exemplo, as normas que estabelecem os regimes de bens do casal, as quais visam predominantemente determinar os efeitos do casamento-ato-contrato sobre a situação patrimonial dos cônjuges, como se infere de serem possíveis vários regimes sem que isto signifique que existem vários tipos de casamento (relações jurídicas matrimoniais). Muitas das normas que regulamentam o casamento deixam-nos porém na dúvida sobre se são regulamentações do modo de ser da relação jurídica constituída ou se são antes meras determinações dos efeitos do ato que a constituiu. Assim, por exemplo as normas que regulamentam a dissolução. Enquanto a maior parte delas parece dizer respeito a própria natureza da relação jurídica constituída (por exemplo as sobre os fundamentos da separação e do divórcio), de outras (principalmente as que distinguem entre casamentos dissolúveis pelo divórcio e indissolúveis), deve dizer-se que regulam os efeitos do ato-casamento. Concluímos isso das próprias normas na medida em que condicionam a dissolubilidade ou indissolubilidade a modalidade de casamento (ato) escolhida.

(1) Os artigos citados eram do Código Civil antes da alteração de 1977.

(2) Trata-se, e claro, da lei vigente ao tempo em que o casamento celebrado catolicamente era considerado civilmente indissolúvel.

RESUMINDO E ADVERTINDO

9. — Resumindo, embora sem grande rigor as conexões acima explicitadas, poderemos dizer que são duas as espécies de conexões possíveis: as que se estabelecem entre as situações jurídicas e os factos quando as normas reguladoras consideram os factos jurídicos como modeladores, caso em que as situações jurídicas têm a especial fisionomia resultante de serem modeladas pelos factos em que as normas aparecem como regulando os factos, não as situações; e as que se estabelecem entre as situações jurídicas e os factos quando as normas reguladoras consideram os factos jurídicos como simplesmente mediadores, caso em que as situações jurídicas aparecem diretamente modeladas pelas normas que

assim se apresentam como regulando as situações e não os factos (1).

(1) Neste último caso, é claro que existirão também as normas que regulam os factos, as suas condições de validade, como é que eles devem ser para serem causais do nascimento (extinção ou modificação) das situações jurídicas. Estas, normas só se aplicarão aos factos acontecidos na sua vigência.

Advirtamos porém, e tomemos boa nota, que, num caso ou noutro, e sempre pelo sentido das normas jurídicas que apreendemos a conexão existente entre as situações e os factos; não são quaisquer ético-ontológico — modos de ser que nos factos ou nas situações preexistem, que as determinam. Isto posto, julgamos possuir agora os dados necessários para voltar ao nosso problema: o de como se determina a lei aplicável quando normas de vigência sucessiva apresentam com a pretendentes a regulamentação da mesma situação jurídica.

A LEI REGE PARA O FUTURO

10. — A disposição legal que principalmente trata o assunto e o artigo 12.º do Código Civil.

No n.º 1 encontramos a disposição fundamental: a lei rege para o futuro. Podemos discernir dois sentidos nesta proposição, ambos juridicamente relevantes. Segundo um deles esta norma significa que a lei só e aplicada depois de posta em vigor; neste sentido a regra não tem, não pode ter, qualquer exceção; ainda quando uma norma seja aplicada a um facto passado, só no futuro — depois de existir a norma — se pode fazer tal aplicação. Esta evidência necessita ser evidenciada porque pode parecer que tal como no passado não se pode aplicar a norma futura por que ainda não existe, no futuro não se pode aplicar a norma passada (revogada) porque já não existe. Ora não e assim; as normas revogadas continuam de facto a aplicar-se — e, algumas vezes, durante longo tempo. — Verifica-se pois, por vezes, uma sobrevivência das normas da lei antiga, donde que a lei nova, nestes casos, não será imediatamente aplicada, antes verá a sua aplicação diferida para um momento posterior. Perguntar em que casos e que a lei antiga sobrevigora, e o mesmo que perguntar a que casos não se aplica a lei nova.

A LEI NOVA NÃO SE APLICA A FACTOS PASSADOS

11. — A resposta àquelas perguntas, que no Código Civil é dada no n.º 2 do artigo 12.º, vem a ser o segundo sentido da norma que diz que a lei só vigora para o futuro. A resposta é, em geral, a lei não se aplica a factos passados. Isto significa que a lei nova não regula as relações jurídicas presentes quando e na medida em que o modo de ser de tais situações tenha sido modelado de facto-fonte acontecido no passado — tal situação permanecerá sob o domínio da lei vigente ao tempo do facto, única competente para o regular e para lhe determinar os efeitos. Se a lei nova comandar novos efeitos para o mesmo facto (acrescentando-lhe ou retirando-lhe a virtualidade de produzir alterações no jurídico), só os factos novos — os acontecidos no domínio de nova lei — possuirão novas faculdades — constitutivas, extintivas ou modificativas de situações jurídicas. Em contrapartida a nova lei aplicar-se-á, sem

retroatividade, as situações jurídicas existentes, mesmo que constituídas sobre o domínio de outra lei, quando sejam tais — ou o aspeto delas que a lei nova regulamenta, seja tal — que a sua regulamentação, não apareça como efeito do facto que lhe foi fonte mas da natureza da situação jurídica — ou do aspeto da lei considerado — tal como a lei a (natureza de situação jurídica) concebe. Mas que lei? A lei nova, evidentemente. Quero dizer: se a regulamentação da situação jurídica considerada é, na lei antiga, de tal ordem que poderemos, dizer simples regulamentação dos efeitos do facto-fonte — que a lei antiga trata assim, como facto modelador — mas se a lei nova vem tratar a relação jurídica em, mesma, de maneira que dela se veja que o facto constitutivo e tratado como meramente mediador, então perante a divergência de qualificação haverá que dar prevalência à lei nova (que revoga a anterior) e aplica-la imediatamente a situação considerada. Seria, por exemplo, o caso de uma lei que viesse tratar diferentemente a situação jurídica «filiação», abolindo qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Atualmente, esta distinção deriva dos factos-fonte de tal maneira que quase podemos dizer que os filhos legítimos não são filhos dos pais, mas do casamento. Se porém fosse publicada uma lei que dissesse, por exemplo, que os filhos ilegítimos eram equiparados para todos os efeitos aos filhos legítimos, devia ela ser entendida como regulamentando a filiação em si e, por isso, as suas normas seriam aplicadas mesmo aos já nascidos e registados como filhos ilegítimos.

Outro seria o caso se fosse publicada uma nova lei regulando diferentemente quem era considerado filho legítimo e quem era considerado filho ilegítimo. Esta lei, limitando-se a regular a situação jurídica nas suas conexões com os factos que lhe dão origem, — ou seja, as consequências jurídicas de tais factos, — só poderia ser aplicada (sem retroatividade) aos nascidos a partir dela.

Esta é pois a solução que a nossa lei da ao problema de aplicação da lei «para o futuro».

A doutrina exposta sobre o sentido da aplicabilidade das leis «para o futuro» e uma solução, global para o problema da aplicação das leis no tempo, e a solução-regra do conflito entre leis que se apresentem como pretendendo simultaneamente, regulamentar uma mesma situação jurídica, seja porque nasceu sobre a sua égide, seja porque vive e existe sobre a sua égide.

Esta doutrina que se encontra inteiramente consagrada na nossa lei e a que e conhecida pela designação de «teoria do facto passado» (Cfr. a formulação legal com a de Ennecerus-Nieperdey. Ob. cit., parágrafo 56).

QUE INTERESSES JUSTIFICAM A SOLUÇÃO LEGAL

12. — Vejamos agora quais as justificações que ao nível da tutela dos interesses humanos, que e o do direito, podem ter justificado o acolhimento desta solução. Comecemos por figurar-nos as soluções extremas possíveis.

Uma delas seria a de considerar a nova lei aplicável desde o seu nascimento a todas as situações jurídicas existentes — e a todos os aspetos delas — sem exceção. Tal solução significaria, além de outros

inconvenientes menores, a total impossibilidade de planear a vida, de providenciar pela satisfação dos interesses futuros; não haveria a mínima segurança, pois nunca se poderiam prever as consequências dos atos com significado jurídico, ainda os mais ponderados, pois bem poderia aparecer uma lei que deitasse por terra todas as ponderações. Atos perfeitamente lícitos (ou até meritórios) no tempo da sua realização, podiam vir a acarretar sanções; atos pensados para adquirir, podiam vir a traduzir-se em alienação, atos pensados para alienar podem vir a traduzir-se em aquisições. Todas estas consequências apareceriam como especialmente descabidas num campo em que, como o direito privado, a lei, ao regulamentar, o faz, tantas vezes, segundo a presunção de que teria sido aquela mesma regulamentação a escolhida pelos interessados se antecipadamente lhes fosse dado prever a sua necessidade e lhe fosse possível escolhê-la. Perante estes inconvenientes, o legislador prudente não ousaria mudar a lei, renunciando a melhorá-la, renunciando a atualizá-la.

No polo oposto desta solução, estaria a de considerar a nova lei só aplicável as situações jurídicas nascidas depois dela.

Esta solução traria não menores inconvenientes. Com ela se renunciaria, completamente a melhorar a regulamentação das situações jurídicas já existentes. Imaginemos um ordenamento jurídico em que existisse a escravatura e que depois a abolisse; a abolição só valendo para o futuro, não permitiria que se criassem novas situações de escravatura, mas as antigas permaneceriam. Outro inconveniente seria a concomitância de diversas regulamentações: para situações jurídicas idênticas; fulano era casado; mas sobre que lei de casamento vivia? Beltrano seria dono de uma coleção de quadros mas os seus direitos sobre cada um deles seriam diferentes, porque os adquirira em diferentes épocas. A e B eram alunos da Universidade mas os seus direitos e obrigações, 1como alunos, eram diferentes porque se haviam matri1culado em, diferentes datas.

A CERTEZA MAS TAMBÉM O APERFEIÇOAMENTO

13. — Com a adoção da regulamentação já estudada, procura a lei obviar aos inconvenientes das soluções extremas acima referidas e conseguir as contrapostas vantagens. Assim julga inaplicável a lei nova aos efeitos dos factos jurídicos modeladores (1) — mesmo os ainda não produzidos — e consequentemente as situações jurídicas: que eles modelaram; respeita a lei a expetativa fundamentada na produção dos efeitos que os factos eram aptos a produzir ao tempo da sua (deles factos) consumação.

(1) De tudo o que deixamos dito até aqui, poderíamos tirar a errada conclusão de que sempre que a Lei dispõe diretamente sobre um facto atribuindo-lhe ou retirando-lhe virtualidades jurídicas — a suscetibilidade de ser ou não ser condição para o aparecimento, extinção ou modificação de situações jurídicas — esta tal liei não pode, sem retroatividade, ser aplicada a factos passados. Mas não é assim. Há factos que não são, por si sós, «factos jurídicos», no sentido de serem fontes da criação, extinção ou modificação das situações jurídicas; tais factos funcionam apenas como pressupostos necessários para a eficácia daqueles outros que são os verdadeiros factos-fontes e nesta qualidade, eles funcionam realmente como definidores do conteúdo das situações jurídicas que só se podem constituir (extinguir ou modificar) se eles existirem, embora não sejam eles que as constituam, extingam ou modifiquem. Por isso as leis que sobre eles dispõem aplicam-se imediatamente sem retroatividade, mesmo em relação as situações jurídicas já existentes. É o que acontece nomeadamente com a capacidade de exercício de

direitos, pressuposto necessário, da validade de todo o ato de disposição de um direito, por atividade própria. Se uma lei nova viesse, por exemplo, aumentar tal capacidade, mudando a maioridade de 21 para 18 anos, essa lei seria aplicável imediatamente, para permitir a uma pessoa de 19 anos, dispor de um direito de que a mesma pessoa não poderia dispor ao tempo em que o adquiriu (numa altura em que tinha 18 anos mas estava em vigor a lei que previa a maioridade aos 21).

É o que acontece também nos pressupostos para o divórcio ou para investigação de — paternidade ilegítima. O abandono do lar conjugal pelo período de três anos, não dissolve por si o casamento; o que tal facto determina e a relevância da vontade do cônjuge abandonado de dissolver o casamento, vontade que se manifesta com a propositura da ação respetiva. Se uma lei nova riscar tal facto dos fundamentos da ação, ele não poderá ser invocado numa ação proposta na vigência dessa lei ainda que se tenha completado numa altura em que vigorava a lei que o considerava relevante. 11: que tal facto funciona não como fonte da dissolução, mas como caracterizador da relação jurídica matrimonial (de ser dissolúvel com tal fundamento) e assim a lei que sobre ele preveja, prevê sobre a própria relação jurídica e não sobre os factos que lhe dão origem, a extinguem ou a modificam. (Melhores indicações sobre esta matéria em Baptista Machado: «Sobre a aplicação no tempo do novo Cód. Civil» — Livraria Almedina, Coimbra — 1968, pág. 213 e segs.).

É que tais factos modeladores são geralmente atos jurídicos, e mais precisamente negócios jurídicos, factos estes a que a lei dá o significado de serem manifestação de uma vontade juridicamente relevante. Ora desde que a lei nova lhes não modifique este sentido, não poderia, sem contradição consigo mesma, querer que tais factos produzissem efeitos que não pudessem ser previstos na altura em que forem praticados. Em contrapartida poderá a lei nova melhorar a regulamentação das situações jurídicas se e na medida em que as julgar independentes dos factos que lhe deram origem. Na medida assim em que ela, própria lei, não julgue razoável que se deva confiar na permanência do modo de ser de tais situações, pois esse modo de ser não e determinado pelo facto-fonte (1).

(1) Defendemos, e temos seguido, o princípio de que a índole de uma cadeira de Introdução ao Estudo do Direito, para mais sendo dada em meio ano letivo, não permite ressuscitar querelas doutrinárias sobre os problemas jurídicos que encontraram uma solução unívoca na regulamentação vigente. Acontece porém que, no caso que nos ocupa, embora o Código Civil consagre sem sombra de dúvida a teoria do facto passado, não podemos deixar de fazer uma referência a doutrina que dominou durante largo período a questão da aplicação das leis no tempo. Referimo-nos, e claro, a chamada teoria dos direitos adquiridos, que continua a influenciar os juristas em termos que podemos dizer que custara a abandoná-la totalmente, em virtude do esquema de pensamento a que nos habituou. Podemos assim, em qualquer altura da vida prática, confrontarmos com ela e, por isso, precisamos de conhecê-la.

Segundo esta teoria, cujo último grande defensor foi, talvez Gabba, a aplicação da lei para o futuro, ou seja, sem retroatividade, significa que a lei nova não pode atingir os direitos adquiridos. Isto quer — dizer que a lei nova pode aplicar-se às relações jurídicas já existentes, mas apenas se, e na medida em que, não produza a extinção ou modificação de direitos já adquiridos.

Várias são as críticas e as objeções que se podem fazer a esta doutrina. Mergulhando as suas raízes na ética-transcendental e no Jusnaturalismo ela pressupõe e fundamenta-se na pré-existência dos direitos (subjetivos) ao direito (objetivo). Concebendo o direito como em função e para proteção dos direitos, parece-lhe inadmissível que um direito novo venha atacar direitos já constituídos — o que, pelo contrário, se percebe muito bem se — considerarmos os direitos como «produtos» do direito (caídas as normas que os tutelam e em que se apoiam, podem cair os direitos tutelados).

O fundamento da — teoria impregnado de um falso, porque associal eticismo, vem assim a funcionar como ótimo garante da conservação da ideologia dominante, a qual, refletindo os interesses da classe no poder, e, como sabemos, a estrutura em que se fundamentam os direitos falsamente concebidos como «imanentes», «naturais», «etemos», ou «inalienáveis». Tal foi assim, por exemplo, com o sacrossanto direito da propriedade privada, segregação ideológica dos interesses das classes possidentes, ao serviço do qual a burguesia- como já antes outros patrões — tem posto o direito objetivo. Outro exemplo encontramo-lo no direito-liberdade contratual — leia-se a liberdade de o capitalista comprar o trabalho o mais barato que puder e vender os produtos do trabalho o mais caro que lhe for possível.

Ainda quando, porém, se não pudesse fazer esta objeção A teoria — e não poderia fazer-se se os seus defensores,

renunciando ao seu fundamento, admitissem sem censura que a própria lei se atribuísse efeito retroativo — ela sempre teria, além da falta de outra justificação suficiente, o grande inconveniente da imprecisão. Na verdade parece que nunca foi possível chegar a um acordo sobre quando e que se pode dizer que — existe um direito adquirido. Desde a expetativa que tem o filho-famílias a herança paterna «direito» cuja fraca proteção legal toma taio altamente arriscado que se viva na esperança de sapato de defunto — até aos direitos adquiridos sobre um automóvel cuja aquisição já se registou, existem uma serie de situações jurídicas intermedias (pensemos na promessa de compra e venda, na venda efetuada sem entrega da coisa vendida, etc.) que tomam difícil e arbitrário estabelecer a fronteira de aplicação da lei nova. Na verdade a própria expressão «direito adquirido» é em si mesma tautológica; tudo quanto (sob o aspeto da existência) se pode dizer de um direito (subjetivo), e se ele existe ou não. Se não está adquirido por aquele a quem se atribuir, como se poderá dizer que é um direito dele?

RETROACTIVIDADE (DA LEI NOVA) = EXCLUSÃO (DA LEI ANTIGA)

14. — A teoria do facto passado, agora legislativamente consagrada, é apenas a regra da aplicação das leis no tempo; ela diz que as leis, em princípio, vigoram para o futuro, e explica-nos o que é que isso quer precisamente dizer. E chegamos a conclusão que tal não significa que das entram a regular imediatamente todas as situações jurídicas existentes a data do seu nascimento, pois que a lei antiga, embora revogada, continua a comandar (grosso modo) os efeitos dos factos acontecidos durante a sua (dela lei antiga) vigência. A regra admite, porém exceções, o que significa que se admite que a lei nova a regular situações jurídicas (ou aspetos delas) que segundo a regra caíram ainda no âmbito de aplicação da lei antiga. É a estas exceções que se dá o nome de retroatividade da lei (nova) mas que, como acabamos de ver, mais rigorosamente devem ser configuradas como exceção à sobre vigência normal da lei (antiga); «exclusão», segundo a terminologia de Affolter. Teremos por fim de continuar a servir-nos do conceito de retroatividade porque, sendo o legal, o fenómeno aparece sempre como caracterizado em relação a lei nova — dizendo o que ela abrange, além do âmbito normal — e não a lei antiga — caso em que se teria de caracterizar pelo que esta deixava excecionalmente de regular.

A RETROACTIVIDADE-REGRA É A RETROACTIVIDADE MÍNIMA

15. — A retroatividade pode resultar da existência de uma norma genérica que determina que tenham tal efeito certas classes ou tipos de normas (caso dos artigos 13.º do Cód. Civil e 6.º, 1. do Cód. Penal) e de uma determinação específica e inequívoca (ainda que nem sempre expressa) da própria lei nova.

Desde que a própria lei nova se pode atribuir eficácia retroativa, e possível conceber que se atribua essa eficácia em graus muito variáveis e, por isso impossíveis de conceitualizar. Certo é porém que o legislador se limita normalmente a indicar qual o grau de retroatividade desejada por referência a um dos graus que a lei fixa como sendo o efeito normal de certo tipo de normas e, ainda mais comummente, se limita a dizer que a lei tem efeitos retractivos sem dizer em que medida. É por isso que encontramos na lei uma norma que diz qual e o efeito retroativo-regra. Trata-se da segunda parte do nosso já conhecido n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil. Segundo esta norma, a retroatividade-regra não atinge os efeitos já produzidos dos factos que a norma regula. Quando e que se pode dizer que um efeito já se

produziu? Pois quando já se verificaram todos os pressupostos de que dependia a produção do efeito. Vejamos um exemplo: A loca a B uma casa pelo prazo de 5 anos e pela renda mensal de dez mil escudos, a pagar até ao dia 5 do mês a que respeita. No ano seguinte ao do contrato sai uma nova lei estabelecendo que não podem ser fixadas rendas superiores a 20$00 por metro quadrado de superfície locada. Uma lei assim concebida só seria aplicável aos contratos firmados depois dela, pois regularia os efeitos do facto-ato-negócio; contrato de arrendamento, e uma lei não regula os factos passados, salvo se for retroativa. Suponhamos porém que a lei se atribui eficácia retroativa sem mencionar o grau da retroatividade desejada. Aplicar-se-á então a 2ª parte do n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil e por isso a lei regulará também o arrendamento acima mencionado. Suponhamos que por aplicação da lei a renda seria de 2000$00. Como a lei não se aplicará aos efeitos já produzidos, a nova renda de 2000$00 será a devida pelo locatário a partir da vigência da lei. Supondo que o contrato foi feito em 1 de Janeiro de 1975 e que a nova lei entra a vigorar em 10 de Janeiro de 1976. Como em 5 de Janeiro de 1976 já estaria vencida a renda desse mês; era ainda aplicável a esse mês a renda de 10.000$00, tal como nos meses anteriores; pouco importaria saber se as rendas até Janeiro de 1976 estavam ou não pagas na data da publicação da nova lei; elas seriam devidas de acordo com o contrato (firmando legalmente segundo a antiga lei) porque, segundo o contrato, em cada dia 5 de cada mês completavam os pressupostos necessários para que dele derivasse o crédito (para o locador) e o débito (para o locatário) da importância da renda mensal. Em 5 de Fevereiro de 1976 vencer-se-ia pois uma nova renda já sobre a vigência da nova lei e por isso, dado o caráter retroativo desta lei, seria devida a importância de 2000$00 da renda - correspondente a Fevereiro, apesar de no contrato se ter fixado outra.

Este é pois o efeito retroativo-regra, que é também a retroatividade de grau mínima, se confrontada com os outros graus de retroatividade previstos da lei. Na verdade, podemos achar nela dois outros tipos de retroatividade. Um a que chamaremos de grau médio (1) e outro de grau máximo.

(1) Não adotamos a designação de «normal» para está tipo de retroatividade, para evitar confundi-la com a retroatividade-regra que não é esta de grau médio, mas sim a de grau mínimo como deixamos dito.

A RETROACTIVIDADE MÉDIA ATINGE AS CAUSAS PENDENTES

16. — É de grau médio a retroatividade, quando a lei nova se aplica imediatamente as relações jurídicas já existentes, atingindo mesmo os efeitos já produzidos, exceto quando tais efeitos já se encontrem definidos por um órgão competente (máxime por uma sentença judicial), ou por acordo dos interessados versando diretamente sobre os efeitos considerados (que não sobre o facto que os produziu) ou ainda por outro facto jurídico — que os atingiu (por exemplo extinguindo-os). No exemplo acima configurado, a lei nova, se fosse de aplicar com este grau de retroatividade, viria a atingir as rendas já vencidas, desde que ainda não estivessem pagas, salvo se existisse, ao tempo em que a lei entrou em vigor, uma sentença a mandar paga-las ou um acordo específico entre o inquilino e o senhorio sobre a existência da dívida. É o que se chama uma retroatividade que respeita apenas as «*causae finitae*».

Este tipo de retroatividade é o efeito de que gozam as chamadas leis interpretativas (artigo 13.º do

Cód. Civil) ou seja, as emanadas dos órgãos legislativos no uso do seu poder de fazer a interpretação autêntica das leis.

A RETROACTIVIDADE MAXIMA ATINGE AS CAUSAS DECIDIDAS

17. — Vamos, finalmente, considerar a retroatividade de grau máximo. A lei que tiver este efeito, e imediatamente aplicável a todas as situações jurídicas existentes, não respeitando sequer os efeitos que já estejam definidos, mesmo que por decisão judicial

É o que acontece com uma lei que elimine um facto do número das infrações criminais (n.º 1 do artigo 6.º do Cód. Penal).

Mesmo que um agente tenha praticado tal facto no passado, quando ele era crime, e tenha sido condenado e esteja a cumprir a pena, a lei nova aplicar-se-lhe-á imediatamente fazendo extinguir a pena.

É claro que, supondo que a pena era de prisão, a lei nova não poderá evitar, ao agente do facto, a prisão já sofrida. O legislador não possui nenhuma «máquina do tempo» capaz de ir ao passado e ali destruir o efetivamente acontecido. Quando falamos em que a lei nova pode atingir os efeitos já produzidos, queremos significar os efeitos jurídicos; não as alterações no mundo empírico que esses efeitos por vezes produzem. Por isso dissemos aí atrás que, num certo sentido, todas as leis regulam só para o futuro; que, nesse sentido, não há via retroatividade possível.